

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES COMO BARRERA DE ENTRADA DE LAS EMPRESAS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
Empresarial

Kelly Gisela Chávez Huertas

Código 20122418

Néstor Alejandro Coronado Vivanco

Código 20122419

Asesor metodológico: Miguel Eduardo Puga de la Rocha

Lima – Perú

Agosto, 2018

**EL REGISTRO NACIONAL DE
PROVEEDORES COMO BARRERA DE
ENTRADA DE LAS EMPRESAS EN LOS
PROCESOS DE SELECCIÓN**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS DE SELECCIÓN	10
1.1 La Contratación Pública a través de la Constitución Política del Perú ..	10
1.1.1 El Bienestar General como fin del Estado.....	10
1.1.2 La Administración Pública como herramienta para alcanzar el Bienestar General	10
1.1.3 La actividad contractual del Estado: Perspectiva constitucional	11
1.1.4 Análisis del artículo 76 de la Constitución Política del Perú	12
1.2 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado	15
1.2.1 Antecedentes y Creación	15
1.2.2 Naturaleza.....	16
1.2.3 Funciones	16
1.2.4 Estructura Orgánica	18
1.3 Formación de los Contratos Estatales: El Proceso de Selección.....	21
1.3.1 Naturaleza constitucional de los procesos de selección	21
1.3.2 Concepto.....	22
1.3.3 Naturaleza Jurídica	24
1.3.4 La Selección como una Fase del Procedimiento de Contratación	24
1.3.5 Principios aplicables durante el Proceso de Selección.....	25
1.3.5.1 Libre Competencia o Concurrencia	26

1.3.5.2	Igualdad	27
CAPÍTULO II: EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES		28
2.1	Finalidad	28
2.2	El Registro Nacional de Proveedores como condición subjetiva para participar en los procesos de selección.....	29
2.3	Conformación del Registro Nacional de Proveedores.....	30
2.3.1	Registro de Proveedores de Bienes	30
2.3.2	Registro de Proveedores de Servicios.....	30
2.3.3	Registro de Consultores de Obras.....	30
2.3.4	Registro de Ejecutores de Obras	30
2.3.5	Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado	30
2.4	Trámites Administrativos ante el Registro Nacional de Proveedores	31
CAPÍTULO III: LAS BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO.....		32
3.1	Barreras Burocráticas desde una Perspectiva Económica y Jurídica	32
3.2	Barreras Burocráticas y su Tratamiento en el Orden Nacional	42
3.2.1	Barreras Burocráticas en el Derecho General y su Tratamiento Normativo.....	42
3.2.2	Barreras Burocráticas y su Tratamiento por el INDECOPI.....	52
3.2.3	Barreas Burocráticas según el Tribunal Constitucional del Perú	67
CAPÍTULO IV: EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES COMO BARRERA BUROCRÁTICA.....		71
4.1	Detalles sobre el Registro Nacional de Proveedores y su Funcionamiento en el caso de los Proveedores de Bienes y Servicios	71

4.2	Análisis del Registro Nacional de Proveedores como Barrera Burocrática en el Caso de Proveedores de Bienes y Servicios	76
4.3	Análisis de la Constitucionalidad del Registro Nacional de Proveedores.....	95
4.3.1	La Inconstitucionalidad del Registro Nacional de Proveedores para el caso de Proveedores de Bienes y Servicios	99
4.3.2	Registro Nacional de Proveedores como Barrera Burocrática Inconstitucional y Mecanismos para su Eliminación	113
	CONCLUSIÓN.....	116
	RECOMENDACIÓN.....	122
	BIBLIOGRAFÍA	125
	ANEXO	130

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO 1: ABREVIATURAS.....	131
-----------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

Una de las funciones que tiene a cargo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), es administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), en el que se tienen que registrar obligatoriamente todos los proveedores de bienes, servicios y obras que pretendan contratar con el Estado. Es por ello, que el presente trabajo está orientado a demostrar que, de la manera como actualmente está configurado el RNP, constituye una barrera de entrada para las empresas que quieren contratar con el Estado; para tal fin, dividiremos el trabajo en cuatro capítulos.

El primer capítulo estará destinado a establecer en que consiste la Contratación Administrativa, para aterrizar en las contrataciones estatales reguladas por el OSCE y en los procesos de selección como herramientas que las Entidades del Estado utilizan para formar su voluntad contractual en la elección del proveedor que les brindará los bienes, servicios y/u obras necesarias para la satisfacción de sus necesidades.

En el segundo capítulo desarrollaremos lo concerniente al RNP, a fin de conocer en qué consisten los capítulos que contiene, algunos de los requisitos que tienen que cumplir las empresas para su inscripción en el registro, y la oportunidad en la que deben contar con el mismo.

En el tercer capítulo abordaremos la temática de las barreras de entrada al mercado, su concepto, características, la clasificación y las consecuencias que acarrearán sobre el mercado.

Finalmente, en el último capítulo desarrollaremos las razones por las que el RNP, tal y como se encuentra en la actualidad, se configura como una barrera de acceso al mercado para las empresas que desean contratar con el Estado Peruano.

Consideramos que la conclusión de este trabajo será relevante toda vez que contribuirá a mejorar los procedimientos que tiene el OSCE a su cargo, permitiendo beneficiar al principal grupo de proveedores de bienes, servicios y obras del Estado, como lo son las empresas.

CAPÍTULO I: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PROCESOS DE SELECCIÓN

1.1 La Contratación Pública a través de la Constitución Política del Perú

1.1.1 El Bienestar General como fin del Estado

El artículo 1° de la Constitución Política del Perú establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son los fines supremos de la sociedad y del Estado.

Para Castillo Córdova¹, la consideración de la persona humana como fin y no como medio, tiene una consecuencia directa y además necesaria en el ámbito jurídico: la promoción de la plena vigencia de sus derechos humanos o fundamentales. Esto significa que todo lo demás (como, por ejemplo, el poder estatal) es un medio para conseguir la plena vigencia de tales derechos. Por su parte, Patrón Faura² considera que tal fin, es uno de carácter primordial y superior que se relaciona con la protección y respeto de los altos valores de la persona, su vida, su dignidad y el derecho a su plena realización. Ahora bien, para alcanzar ese fin supremo consagrado en la Constitución Política, el Estado debe cumplir con determinados fines que devienen en esenciales, uno de los cuales es promover el Bienestar General, considerado como un estado ideal que consiste en la satisfacción de las necesidades de la persona humana, en forma conveniente y oportuna³.

1.1.2 La Administración Pública como herramienta para alcanzar el Bienestar General

¹ Castillo Córdova, Luis, “Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general”, 3ª Edición, 2007, Palestra Editores, Lima, pág. 53.

² Patrón Faura, Pedro, “Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú”, 8ª Edición, 2004, Editorial Grijley, Lima, pág. 23.

³ *Ibíd.*

Para que el Estado pueda cumplir la finalidad de alcanzar el Bienestar General, es precisa e indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuada y técnicamente coordinadas entre sí; complejo al que se le denomina en términos generales “Administración Pública”⁴ y a la que, constitucionalmente, se la asocia con el Poder Ejecutivo⁵.

Es así como Juan Carlos Cassagne⁶, refiere que, por su propia naturaleza, la Administración Pública desarrolla una actividad material y objetivamente administrativa, de alcance individual y concreta, tendiente a satisfacer, en forma inmediata, las necesidades de bien común o interés público, cuya concreción resulta indispensable en toda comunidad jurídicamente organizada.

1.1.3 La actividad contractual del Estado: Perspectiva constitucional

De plano, la Administración Pública no solo despliega por sí misma su actividad, sino que, también recurre al concurso o colaboración de las voluntades de terceros para el cumplimiento de sus múltiples finalidades a la luz del interés público que la justifica y sostiene⁷, lo que por su puesto ocurre cuando decide establecer relaciones contractuales de diversa índole, bastando para ello constatar que su universo contractual es vasto por decir lo menos: compras, ventas, arrendamientos, concesiones de infraestructura, concesiones de servicios públicos, contratos financieros, contratos de empréstito, etc.

En el caso peruano, a diferencia de los ordenamientos legales de otros países⁸,

⁴ *Ibíd.* pág. 65.

⁵ En este punto es pertinente traer a colación el comentario efectuado por los autores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, en el sentido que a partir de la Revolución Francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. Ver García de Enterría, Eduardo y otros, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, 1ª edición peruana, Palestra Editores, pág. 28.

⁶ Cassane, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo II, 1ª Edición, 2010, Palestra Editores, pág. 32.

⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “Manual de Derecho Administrativo”, citado por Gaceta Constitucional, “La Administración Pública en la Constitución”, 1ª Edición, 2009, Gaceta Jurídica Editores, pág. 14.

⁸ Tal es el caso de España con la Ley de Contratos de Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000) o en Colombia con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993).

no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la actividad contractual que realiza el Estado⁹. La actual Ley de Contrataciones, aprobada por la Ley N° 30225, proporciona una regulación unitaria pero solo de un espectro de la contratación administrativa que involucra contratos de adquisición de bienes, servicios y/u obras, pero que no regula la totalidad de las situaciones contractuales del Estado; como es el caso de los contratos de concesión, de disposición de bienes de este, los contratos leyes, etc., que cuentan con su propia regulación¹⁰.

Es por ese motivo que, la Constitución Política del Perú no ha sido ajena a dicho fenómeno, elevando a rango constitucional el régimen básico de algunos contratos estatales como: el caso de los procesos para la contratación de bienes y obras (artículo 76), las concesiones de recursos naturales (artículo 66), las concesiones de bienes de dominio público (artículo 73) y los contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica (artículo 62)¹¹.

Por la temática abordada en la presente investigación, nos abocaremos en analizar las contrataciones contenidas en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú.

1.1.4 Análisis del artículo 76 de la Constitución Política del Perú

El artículo 76 de la Constitución Política del Perú, establece lo siguiente:

“Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y la Licitación Pública

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y

⁹ Gaceta Constitucional, “La Administración Pública en la Constitución”, 1ª Edición, 2009, Gaceta Jurídica Editores, pág. 14.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Danós, Jorge, “Situación de la legislación peruana en materia de contratación del Estado”, en Actualidad Jurídica, Tomo 141, Gaceta Jurídica, 2005. Referencia citada por Gaceta Constitucional, op.cit. pág. 15.

licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la función constitucional del precitado artículo es:

“(…) determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión su objeto es lograr el mayor grado de eficacia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos”¹².

Por su parte, el OSCE ha opinado que la naturaleza de los fondos públicos comprometidos en una adquisición o contratación, determina que estos deban ser utilizados en beneficio de todos, cumpliendo con la finalidad de satisfacer el interés

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 2004. Expediente N.º 020-2003-AI/TC.

general que subyace al accionar de la Administración Pública; por ello, la erogación de dichos fondos no solo debe ser eficiente, sino que también debe sujetarse a ciertos principios reconocidos tanto constitucional, como legalmente, tales como transparencia, trato justo e igualitario, libre competencia, entre otros¹³.

En el Perú, la Ley N° 30225 y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que aprobaron respectivamente la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, son los dispositivos legales que actualmente desarrollan el precepto constitucional materia del presente análisis, estableciendo las reglas que deben observar todas las Entidades Públicas¹⁴ en las contrataciones de bienes, servicios y obras que realicen erogando fondos públicos.

¹³ Al respecto ver las Opiniones del OSCE N° 026-2005/GTN, N° 081-2006/GNP, entre otras.

¹⁴ El numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece el siguiente listado de Entidades Públicas sujetas a la aplicación de la norma:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos;
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos;
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos;
- d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos;
- e) Las Universidades Públicas;
- f) Las Sociedades de Beneficencia y las Juntas de Participación Social;
- g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno;
- h) Los Fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

’
.

1.2 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

1.2.1 Antecedentes y Creación

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se creó en el Perú el Consejo Superior de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) como el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de dicha Ley; estableciéndose además, las normas básicas que contienen los límites mínimos y máximos que deben observar las Entidades del Sector Público, dentro de criterios de racionalidad y transparencia, en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos. El precitado Consejo Superior se conformó sobre la base, de lo que hasta ese entonces eran; el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (CONSULCOP), Consejo Nacional Superior de Consultoría (CONASUCO) y el Consejo Departamental de Adquisiciones de Lima (CADELI). El 28 de setiembre de 1998, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 039-98-PCM, que reglamentó la Ley N° 26850 y conjuntamente con esta, entró en vigencia a partir del 29 de setiembre de 1998; no obstante, se dispuso¹⁵ que en tanto culmine el proceso de transferencia encargado a la Comisión de Organización del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a que se refiere el Decreto Supremo N° 058-97-PCM, el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, el Consejo Nacional Superior de Consultoría y los Consejos Departamentales de Adquisiciones continuarán en funciones, debiendo coordinar previamente sus decisiones con la citada Comisión de Organización, en la forma y materias que esta disponga, con excepción de las referidas a asuntos jurisdiccionales. Por este motivo, recién el 1 de enero de 1999 entró en funcionamiento el CONSUCODE. Después de varias modificaciones de la norma antes señalada, mediante Decreto Legislativo N° 1017, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2008, se creó el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en reemplazo del hasta entonces CONSUCODE¹⁶;

¹⁵ Séptima Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 039-98-PCM.

¹⁶ El OSCE asumió las mismas funciones y competencias del CONSUCODE.

sin embargo, dicho Organismo recién entró en funcionamiento a partir del 1 de febrero de 2009, con la dación del Decreto de Urgencia N° 014-2009.

1.2.2 Naturaleza

De acuerdo a lo establecido en el artículo 51 de la Ley N° 30225, el OSCE es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

1.2.3 Funciones

El OSCE es el ente rector del Sistema Administrativo de Contratación del Estado y, como tal, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, le corresponden las siguientes funciones:

- a) Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.
- b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, respecto de los métodos de contratación contemplados en la Ley, salvo las excepciones previstas en el reglamento. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.
- c) Efectuar acciones de supervisión a pedido de parte, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos y directivas vigentes. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.
- d) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado, así como de difusión en materia de contrataciones del Estado.
- e) Proponer las modificaciones normativas que considere necesarias en el marco de sus competencias.

- f) Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia.
- g) Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.
- h) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- i) Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).
- j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.
- k) Acreditar a las instituciones arbitrales que presten servicios de organización y administración de arbitrajes en materia de contrataciones del Estado y supervisarlas, de acuerdo a lo establecido en el reglamento.
- l) Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.
- m) Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.
- n) Resolver solicitudes de devolución de honorarios de árbitros, conforme a lo señalado en el reglamento.
- o) Absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen las Entidades son gratuitas.
- p) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado, de comisión de delito, de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

- q) Suspender procedimientos de selección, en los que, durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la Entidad continúe con el procedimiento.
- r) Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones.
- s) Realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.
- t) Las demás que le asigne la normativa.

1.2.4 Estructura Orgánica

De acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 076-2016-EF, su estructura orgánica es la siguiente:

01 Órganos de Alta Dirección

01.1 Consejo Directivo.

01.2 Presidencia Ejecutiva

01.3 Secretaría General

02 Órgano Consultivo

02.1 Consejo Multisectorial de Monitoreo de las Contrataciones Públicas

03 Órgano de Control

03.1 Órgano de Control Institucional

04 Órgano de Control

04.1 Procuraduría Pública

05 Órgano de Resolución de Controversias

05.1 Tribunal de Contrataciones del Estado

05.1.1 Presidencia del Tribunal

05.1.2 Salas

05.1.3 Secretaría del Tribunal

06 Órganos de Asesoramiento

06.1 Oficina de Planeamiento y Desarrollo

06.1.1 Unidad de Planeamiento y Presupuesto

06.1.2 Unidad de Cooperación y Asuntos Internacionales

06.1.3 Unidad de Organización y Modernización

06.2 Oficina de Estudios e Inteligencia de Negocios

06.3 Oficina de Asesoría Jurídica

07 Órganos de Apoyo

07.1 Oficina de Administración

07.1.1 Unidad de Recursos Humanos

07.1.2 Unidad de Abastecimiento

07.1.3 Unidad de Finanzas

07.2 Oficina de Comunicaciones

07.2.1 Unidad de Prensa e Imagen Institucional

07.2.2 Unidad de Atención al Usuario

07.3 Oficina de Tecnologías de la Información

07.3.1 Unidad de Gestión de Desarrollo de Software

07.3.2 Unidad de Arquitectura y Soporte de Tecnologías de Información y Comunicaciones

07.4 Oficina de Órganos Desconcentrados

08 Órganos de Línea

08.1 Dirección Técnico Normativa

08.1.1 Subdirección de Normatividad

08.1.2 Subdirección de Desarrollo de Capacidades en Contrataciones del Estado

08.2 Dirección de Gestión de Riesgos

08.2.1 Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia

08.2.2 Subdirección de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas y Supuestos Excluidos

08.2.3 Subdirección de Procesamiento de Riesgos

08.3 Dirección del Registro Nacional de Proveedores

08.3.1 Subdirección de Operaciones Registrales

08.3.2 Subdirección de Servicios de Información Registral y Fidelización del Proveedor

08.3.3 Subdirección de Fiscalización y Detección de Riesgos de la Información Registral

08.4 Dirección del SEACE

08.4.1 Subdirección de Gestión Funcional del SEACE

08.4.2 Subdirección de Catalogación y Gestión de Usuarios del SEACE

08.5 Dirección de Arbitraje

08.5.1 Subdirección de Procesos Arbitrales

08.5.2 Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales

08.5.3 Subdirección de Registro, Acreditación y Monitoreo Ambiental

09 Órganos Desconcentrados

09.1 Oficinas Desconcentradas

1.3 Formación de los Contratos Estatales: El Proceso de Selección.

1.3.1 Naturaleza constitucional de los procesos de selección

Tal como expusimos anteriormente¹⁷, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú es el que brinda el marco constitucional correspondiente a las contrataciones de bienes, servicios y/u obras que requieran las Entidades Públicas para satisfacer los intereses públicos.

El Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(...) la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, desde que la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a varo del uso de recursos públicos”¹⁸.

Ahondando en lo afirmado por el máximo intérprete constitucional, en el mercado existe una diversidad de proveedores interesados en contratar con el Estado, por lo que, al existir recursos públicos de por medio, resulta necesario que estos sean gastados de la manera más eficiente posible a través de procedimientos reglados.

Lo particular de los procedimientos de selección, será que tendrán como meta lograr no solo seleccionar al mejor postor, sino que además, debe buscar suscribir el

¹⁷ Cfr., acápite 2.1.4. de esta investigación.

¹⁸ Fundamento jurídico 14 de la STC Exp. N° 020-2003-AI/TC.

contrato, convirtiendo a este último en el protagonista de toda esta actuación administrativa¹⁹.

Los procedimientos administrativos de selección no se justificarán únicamente por una cuestión de control de la ejecución del gasto público, sino que el sustento radica en la naturaleza pública de los fondos o recursos que están involucrados y van a ser utilizados por las Entidades para procurarse los bienes, servicios u obras requeridos, independientemente de que dicho contrato refleje o no un beneficio directo para la entidad²⁰.

No obstante lo indicado, la regla de seguir un procedimiento de selección cuando existan fondos públicos de por medio, tiene su excepción consagrada en el propio artículo 76 de la Constitución Política del Estado, la cual está reservada a una norma con rango de ley, lo que se configura como una inaplicación²¹.

1.3.2 Concepto

El Proceso de Selección, también conocido en la doctrina como “Licitación Pública”, es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará a la más conveniente²².

Se afirma que es un procedimiento previo, pero inseparable de los contratos administrativos, que son de Derecho Público (según Dermizaky), porque en este tipo de contratos, la contraparte de la administración pública actúa a su nombre y por su cuenta y riesgo; por eso, es que la administración pública debe escoger la mejor oferta que se hace al llamado de la licitación, reservándose los derechos de controlar a los contratistas y/o concesionarios, de revocar la concesión en cualquier momento por

¹⁹ Gaceta Constitucional, op.cit., pág. 26.

²⁰ *Ibíd.*, pág. 28.

²¹ Tal sería el caso del propio Decreto Legislativo N° 1017, que en su artículo 3.3 regula una serie de inaplicaciones al Reglamento.

²² DROMI, Roberto, “Licitación Pública”, 1ª edición peruana, julio 2006, Gaceta Jurídica S.A., pág. 172.

razones de oportunidad y conveniencia; y por último, de declarar su caducidad si afecta al interés público²³

Carlos R. Santos Loyola²⁴, considera a los procedimientos de selección como *“(...) el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de una finalidad pública. Con todo, lo particular de estos escenarios de corte concurrencial será que tendrá como meta lograr no solo escoger al mejor postor, formalizando dicha elección a través del acto administrativo de otorgamiento de la buena pro, sino que el procedimiento de selección en sí deberá buscar finalmente que se suscriba el contrato, convirtiendo a este último en el protagonista de toda esa actuación administrativa procedimental”*.

Los procesos de selección son considerados como aquellos que preparan la voluntad contractual de la Administración Pública, razón por la cual se ha considerado que el contrato administrativo *“(...) se forma con la concurrencia de dos voluntades, una de ellas es la del ente estatal, el cual es sujeto principalísimo del contrato, y la otra es el contratista el cual está sujeto a normas que regulan los distintos procedimientos de selección que norman la preparación y ejecución de los contratos de la administración pública”*²⁵, afirmándose por lo tanto que el procedimiento de contratación *“(...) es parte del procedimiento administrativo, en tal sentido el procedimiento de formación de la voluntad de preparación del contrato no se debe confundir con el contrato mismo”*²⁶.

Para los autores nacionales Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya²⁷, *“es un procedimiento preparatorio de la voluntad contractual, en cuya virtud el órgano administrativo competente invita a los postores a formular propuestas ciñéndose a las*

²³ Ver: Dermizaky Pablo, Informe Jurídico sobre S.A.M, de fecha 14/Noviembre/1992, pág. 6 y 7.

²⁴ Santos Loyola, Carlos R. “La actividad contractual del Estado en la perspectiva constitucional”. En “La Administración Pública en la Constitución”. 1ª Edición. Julio 2009. p.26.

²⁵ Moscoso Torres, Víctor Jüber. “Derecho Administrativo y Administración Pública”. p. 143.

²⁶ Ob.cit.

²⁷ Patrón Faura, Pedro / Patrón Bedoya, Pedro. “Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú”. 8ª Edición. 2004. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima – Perú. p. 401.

bases, para seleccionar a la más conveniente. Es un procedimiento que llevará a la celebración del contrato, que es un acto jurídico formalmente bilateral”.

1.3.3 Naturaleza Jurídica

Roberto Dromi²⁸ precisa que es un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual. Por ello, es un procedimiento especial regulado por el Derecho Administrativo.

1.3.4 La Selección como una Fase del Procedimiento de Contratación

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en su Opinión N° 126-05/GTN del 11.11.2005, nos ilustra indicando que “(...) en términos generales, que el procedimiento de contratación o adquisición estatal se desarrolla a través de tres grandes fases:

a) *Programación y actos preparatorios, que comprende: i) la definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones, ii) la realización del estudio de mercado o indagaciones, según sea el caso, y la determinación del tipo de proceso de selección a convocarse; iii) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación o adquisición; y, iv) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección.*

b) *Selección, que se desarrolla a través de siete etapas: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) presentación y absolución de consultas; iv) presentación y absolución de observaciones e integración de Bases; v) presentación de propuestas; vi) calificación y evaluación de propuestas; y, vii) otorgamiento de la buena pro.*

c) *Ejecución contractual, comprendida desde la suscripción hasta el consentimiento de la liquidación del contrato respectivo en caso de obras o la conformidad de la última prestación en caso de contratos de bienes y servicios”.*

²⁸ DROMI, Roberto, op.cit., pág. 177.

Complementando la cita anterior, el autor nacional Víctor Sebastián Baca Oneto²⁹, distingue dos fases del procedimiento de contratación:

a) La fase interna, que se trata de requisitos que deben cumplirse antes de la convocatoria y que abarcan desde la aprobación del PAAC por el titular de la Entidad hasta la elaboración y aprobación de las Bases del Proceso de Selección. Para este autor, el primer acto del procedimiento de contratación ha de ser la decisión, siempre motivada de contratar. Sin embargo, el acto más importante de la fase interna del procedimiento de contratación es el de aprobación de las bases.

b) La fase pública, referida a la selección de contratistas y abarca desde la convocatoria hasta la suscripción y perfeccionamiento del contrato.

1.3.5 Principios aplicables durante el Proceso de Selección

Tal como lo sostiene Mario Linares³⁰, la doctrina no es uniforme en relación a los denominados “principios de la licitación”: unos formulan los principios básicos e indispensables y señalan que de ellos se derivan tales y cuales consecuencias; otros, individualizan a estas últimas y las colocan como principios, habiendo otros que mencionan como principios de la licitación, a los principios generales del derecho o del derecho administrativo³¹.

Cabe resaltar en este punto, que estos principios constituyen límites a la discrecionalidad de la Administración y en parámetros correctivos de la conducta de los administrados que participan en un proceso de selección.

²⁹ Baca Oneto, Víctor Sebastián. “Notas al Curso de Derecho Administrativo – Lección 14^a”. Revisión, Agosto 2007. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. p.19.

³⁰ Linares, Mario, “El Contrato Estatal. Teoría General del Contrato Estatal. Análisis del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento”, 1^a edición, abril 2002, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

³¹ En este punto cabe destacar que existen diversas posiciones doctrinarias respecto a la importancia de algunos principios en particular. En ese sentido Jéze, Diez y Bercaitz (Citados por Linares, Mario, “Principios Generales de Derecho Administrativo”. Citado por Linares, Mario, op.cit., págs. 43 - 45) rescatan como los principios principales a la publicidad, competencia e igualdad. Por su parte, Dromi (citado por Linares, Mario, íbid., pág. 46) sostiene que los principios jurídicos esenciales son los de la libre concurrencia y la igualdad entre los oferentes.

La Ley de Contrataciones del Estado recoge en su artículo 2º, una lista de nueve principios, de los cuáles solamente analizaremos los que tienen relación y servirán de base para las conclusiones del presente trabajo.

1.3.5.1 Libre Competencia o Concurrencia

Jéze³² sostiene que este principio está referido a propugnar la participación de ofertantes, por lo que llamar al mayor número posible de competidores hará que se tengan las mejores posibilidades de obtener mejores condiciones.

Diez explica el principio, en función a que la licitación constituye un pedido de ofertas y que la concurrencia tiene por finalidad la existencia de un mayor número posible de estas³³.

Dromi³⁴, afirma que este principio afianza la posibilidad de competencia y oposición entre los interesados en la futura contratación, implicando la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso de este procedimiento, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de bases y condiciones de cláusulas de carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia oportunidad de participación.

No obstante, este principio no tiene carácter absoluto, pues la propia normativa establece algunas restricciones amparadas en el interés público, lo que exige un mayor control a la capacidad de los concurrentes; así tenemos que, la normativa te exige que estés habilitado para contratar con el Estado, que te encuentres inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), que cumplas las condiciones previstas en las Bases de los procesos relacionadas a la capacidad técnica y/o económica de los postores, entre otras.

³² Jeze, Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo IV, pág. 89, citado por Linares, Mario, pág. 43 - 45.

³³ Diez, "Derecho Administrativo", citado por Linares, Mario, op.cit., pág. 44.

³⁴ Dromi, Roberto, op.cit., pág. 196 - 198.

1.3.5.2 Igualdad

Respecto a este principio, Jéze³⁵ expresa que ésta es consecuencia de la competencia y se expresa en que no debe existir ningún motivo de preferencia entre los competidores.

Por su parte, Escola³⁶ sostiene que la igualdad se refiere tanto a la posición de los oferentes frente a la administración como a la oposición de cada uno de ellos frente a los demás.

Según Dromi³⁷, por este principio, el ente licitante no puede establecer cláusulas discriminatorias, ni beneficiar con su comportamiento a uno de los licitadores en perjuicio de los demás. Agrega que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, como la consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento, por lo que si es necesario modificar un plazo se deberá comunicar a todos; respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres; entre otros.

Para Linares Jara³⁸, la igualdad debe ser entendida solo en el plano de los derechos y deberes de los postores hacia el Estado, no entre el Estado y los postores, dada su condición de elector de su co-contratante y de las potestades que le han sido otorgadas por ley. El precitado autor considera que el principio debe ser cumplido en toda la etapa del procedimiento licitatorio, surtiendo efectos incluso en la etapa de la ejecución contractual, habida cuenta que, si las condiciones del contrato se varían sin justificación, se estaría discriminando a los antiguos postores, que hubieran realizado su oferta en función a esa variación.

³⁵ Jéze, op. cit.

³⁶ Escola, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, citado por Linares, Mario, op.cit., pág. 47.

³⁷ Dromi, Roberto, op. cit. pág. 198.

³⁸ Linares Jara, Mario, op. cit., pág. 51.

CAPÍTULO II: EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

2.1 Finalidad

Tal como sostiene Dromi³⁹, el objeto de la inscripción en los registros es posibilitarle a la Administración conocer el grado de suficiencia o de insuficiencia de los oferentes, sobre la base de una calificación genérica de eficacia de los licitadores para un sinnúmero de procedimientos licitatorios. Agrega que, de este modo, se evita el análisis de los interesados en cada procedimiento de selección, aisladamente, caso por caso, en cada licitación en particular.

Para dicho autor,⁴⁰ la idoneidad o capacidad técnica, moral, económica y financiera de los licitadores queda acreditada con la inscripción registral pertinente cuando así lo decide la norma particular; razón por la que, en dichos supuestos, se debe acompañar el procedimiento de la licitación con el documento, comprobante o constancia que así lo acredite.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350 – 2015-EF, en su artículo 233, establece como finalidad del RNP, la administración y actualización de la base de datos de los proveedores, a través del uso de tecnologías de información.

Es así que, en el caso peruano, y tal como lo demostraremos más adelante, consideramos que la finalidad primordial que cumple el Registro Nacional de Proveedores es la de mantener actualizada la data de información referente al Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado.

³⁹ Dromi, Roberto, ob.cit. pág. 433.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 434.

2.2 El Registro Nacional de Proveedores como condición subjetiva para participar en los procesos de selección

En el segundo párrafo del numeral 46.1. del artículo 46 de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225, se establece que, para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

A fin de entender el alcance de tal dispositivo legal, es necesario indicar que el “Anexo de Definiciones” del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350 – 2015-EF, establece que:

- El participante es el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases.
- El postor es la persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.
- El contratista es el proveedor que celebra un contrato con una Entidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley y su Reglamento.

Como puede apreciarse, tanto la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, establecen la obligación de contar con el RNP vigente en tres momentos del proceso de selección: i) al registrarse como participante; ii) al presentar la propuesta; y, iii) al momento de celebrar el contrato con la Entidad.

Adicionalmente, el artículo 234° del Reglamento de Contrataciones del Estado, agrega “el otorgamiento de la buena pro” como un momento más en el que el RNP debe encontrarse vigente, indicando que es responsabilidad de los proveedores la verificación de la vigencia en los precitados momentos.

De los precitados dispositivos legales, podemos concluir que en el caso peruano, el RNP se vuelve un requisito subjetivo indispensable de los proveedores que desean participar en procesos de selección, puesto que sin él, no solamente pueden ver descalificadas sus ofertas sino que, eventualmente, podrían ser pasibles de ser inhabilitados temporal o definitivamente en sus derechos de participar en procesos de selección o contratar con el Estado, en caso se compruebe que se han registrado como

participantes, han presentado propuestas o han suscrito contratos con el Estado sin contar con su inscripción vigente en el RNP.

2.3 Conformación del Registro Nacional de Proveedores

Si bien la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no establece de manera expresa y numerada los tipos de Registros que existen, como si se podía observar en el artículo 251 del anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el RNP está conformado por los siguientes Registros:

2.3.1 Registro de Proveedores de Bienes

A quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, habilitándolos para ser participantes postores y/o contratistas en los procesos de contratación de bienes.

2.3.2 Registro de Proveedores de Servicios

A quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, habilitándolos para ser participantes postores y/o contratistas en los procesos de contratación de servicios en general y servicios de consultoría distintos de obras.

2.3.3 Registro de Consultores de Obras

A quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles especialidades, que los habilita para ser participantes postores y/o contratistas en los procesos de contratación de consultorías de obras.

2.3.4 Registro de Ejecutores de Obras

A quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles especialidades, que los habilita para ser participantes postores y/o contratistas en los procesos de contratación de ejecución de obras.

2.3.5 Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado

Comprende a los proveedores, participantes, postores o contratistas sancionados administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, con inhabilitación

temporal o definitiva para participar en procesos de selección o contratar con el Estado.

2.4 Trámites Administrativos ante el Registro Nacional de Proveedores

El desarrollo, administración y operación del Registro Nacional de Proveedores, se encuentra a cargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), razón por la cual los requisitos, tasas, criterios y escalas se regulan en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de dicha Entidad.

CAPÍTULO III: LAS BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO

3.1 Barreras Burocráticas desde una Perspectiva Económica y Jurídica

Para entender la dimensión legal que las barreras burocráticas adquieren en el orden legal, tanto desde el Derecho Administrativa como Constitucional, debemos tener presente –en primer término– el significado que estas adoptan desde un enfoque económico. Para ello, es importante recordar que, por barreras burocráticas son consideradas todas las medidas impuestas por entidades públicas y que tienen un efecto limitativo en ciertas actividades económicas de los privados.

En otras palabras, una barrera burocrática implica medidas que impactan en el desempeño de la actividad económica de los agentes económicos en lo concerniente a su ingreso y/o mantenimiento en el mercado. Aquel impacto podrá traducirse en costos económicos adicionales, costos en tiempo, en falta de previsibilidad respecto a la decisión de la administración pública, entre otros. Por tanto, teniendo presente esto y el hecho de que todo Estado busca desarrollar su capacidad económica y la de sus ciudadanos, surge una interrogante fundamental: ¿Por qué un Estado (vía sus entidades administrativas) crearía obstáculos para el desenvolvimiento económico dentro de su orden legal?

Al respecto, debe tener presente que la razón de ser de las barreras burocráticas no es la de limitar la actividad económica de los individuos como un fin en sí mismo; todo lo contrario, las barreras burocráticas cumplen la función de coordinar y armonizar el derecho de los individuos a desarrollar sus actividades económicas libremente, con el derecho de la colectividad a una serie de derechos fundamentales (como el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, seguridad, orden, entre otros).

Ejemplo de lo antes indicado, constituye la obligación establecida en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente⁴¹, la cual dispone que toda actividad económica, antes de ser desarrollada, requiere la obtención de una certificación ambiental, la misma que variará en complejidad según el tipo de actividad y el tipo de impacto en el medio ambiente que la actividad pudiese ocasionar. De igual forma, la licencia de obra puede entenderse como una limitación al libre desarrollo de la actividad de construcción (barrera burocrática), pues constituye una exigencia a cumplir frente a ciertas entidades estatales (municipalidades), por las que se verificarán una serie de exigencias; como que la obra respete mínimos técnicos de construcción y de seguridad. En ese sentido, estas barreras que se materializan en exigencias administrativas, representan limitaciones cuyo fin es asegurar ciertos fines, derechos e intereses de la colectividad, como es la seguridad, orden y salud. Entonces, como puede observarse, las barreras mencionadas son consideradas legítimas y, en consecuencia, están incorporados en normas estatales, exigidas por la administración como por la ciudadanía.

Entonces: ¿En qué momento nos encontramos con barreras burocráticas que, en lugar de asegurar un fin colectivo, representan medidas gubernamentales ilegítimas y, por ende, pasibles de ser cuestionadas por los individuos a quien afecta (o por la comunidad en general)? Al respecto, debe indicarse que estaremos frente a barreras burocráticas que pueden ser cuestionadas, cuando las mismas constituyan limitaciones que generan perjuicios irracionales en la actividad económica de los individuos.

A decir de Cavero Safra:

“Desde un punto de vista económico, las barreras burocráticas son perjudiciales porque generan trabas, costos y complicaciones que no tienen justificación ni razón de ser. De este modo, restan innecesariamente dinamismo y competitividad a la economía. Le restan dinamismo porque las

⁴¹ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

trabas, costos y complicaciones que se imponen a los agentes en el mercado tienen, en el mejor de los casos, el efecto de retrasar las inversiones e iniciativas (reduciendo su beneficio en el tiempo, de modo que, en un determinado período, la inversión es menor de lo que hubiera si no existiese la barrera) y, en el peor de los casos, de inhabilitarlas o eliminarlas del todo. Al final, el efecto agregado es que se reduce el monto total de inversión privada de manera importante. Le restan competitividad, porque distorsionan la competencia, al introducir factores que pueden retrasar, obstaculizar y eventualmente impedir las iniciativas e inversiones y que, como ya dijimos, son factores que no tienen verdadera justificación (...).⁴²

Como bien indica el autor, las barreras burocráticas generan, en ciertas ocasiones, una serie de efectos indeseados en el desarrollo de las actividades económicas, por el impacto negativo que pueden tener en los privados, específicamente, al imposibilitarles su ingreso a un mercado o al no permitirles mantenerse en el mismo. Sin embargo, no todo perjuicio, de por sí, hace que una barrera deba ser eliminada; por ejemplo, una barrera impuesta puede afectar un mercado en su conjunto, como es el caso en donde una serie de medidas gubernamentales que buscan asegurar ciertos intereses colectivos haga poco atractivo el ingreso de los privados a la cadena comercial de bienes y servicios. En aquellos casos, si bien desde un punto económico la barrera pudiese ser una medida sumamente restrictiva, por razones de interés público, aquellas exigencias pueden mantenerse. Es decir, las barreras burocráticas, aun con efectos económicos adversos, pueden ser consideradas como medidas razonables y mantenerse en el orden legal. En aquellos

⁴² CAVERO SAFRA, Enrique "¿Piedra en el Zapato o Piedra de Molino? Algunas Reflexiones sobre la Eliminación de Barreras Burocráticas" En: *Revista de Actualidad Mercantil* N° 4. 2015. p. 43.

casos, donde las barreras son razonables, pero el efecto en la competencia es la restricción del ingreso de actores en el marco, el orden legal brinda alternativas.

En dicho escenario, el Estado puede ingresar a desarrollar actividades empresariales como parte de su rol subsidiario en la economía nacional. En aquel caso, “(...) *la actividad empresarial del Estado no responde a un fin de lucro ni se rige por las señales del mercado. Más bien, constituye un instrumento del gobierno que apunta a otros objetivos; es decir, se trata de una herramienta más - como la emisión de moneda, la política tributaria, los subsidios o los aranceles - de intervención en la economía, destinada a cumplir ciertos fines redistributivos y políticos, así como alinear la actuación de los agentes económicos con los objetivos del gobierno y su política económica.*”⁴³ Ahora, la situación cambia cuando el Estado desarrolla actividades empresariales debido a la falta de oferta de bienes y servicios del sector que ha sido originado por una barrera burocrática ilegítimamente impuesta; en ese escenario, no solo estaremos frente a una barrera burocrática, además, estaremos ante la afectación de la libre competencia en su manifestación de competencia desleal por parte del Estado.^{44 45} Dado esto, se ha distinguido –en términos generales– tres tipos de barreras relevantes para el desarrollo de las actividades económicas dentro del

⁴³ QUIÑONES ALAYZA, María "Actividad Empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos" En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 12. 2012. p. 66.

⁴⁴ A decir de Guzmán Napurí: “Otra importante novedad de la norma, en el marco del principio de subsidiaridad empresarial, es la definición como acto de Competencia Desleal en la modalidad de violación de normas de la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución, al cual nos hemos referido anteriormente de este trabajo. Este precepto permite al INDECOPI controlar la actividad empresarial del Estado, impidiendo que la misma vulnere la libre competencia. Es evidente que en este caso no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolla dicha actividad empresarial, puesto que se asume que toda actividad empresarial del Estado que viole el principio de subsidiaridad constituiría Competencia Desleal.” GUZMÁN NAPURI, Christian "Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un Análisis del Decreto Legislativo N° 1044" En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 10. 2011. p. 254. Igualmente, véase: KRESALJA, Baldo "Comentarios al Decreto Ley 26122 Sobre Represión de la Competencia Desleal" En: *Derecho PUCP* N° 47. 1993. pp. 13-86.

⁴⁵ Como indica INDECOPI en su Tribunal del INDECOPI. Resolución N° 182-97-TDC (Exp. N° 036-96-CAM) del 20 de agosto de 1997: “Si al realizar el análisis de subsidiariedad se detecta que las barreras a la entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a la referida Comisión para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la función que debe asumir la autoridad consiste en ejercer la ‘abogacía de la competencia’ o ‘promoción de la competencia’, conforme al artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044.”

ordenamiento. Siguiendo lo indicado por la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI, específicamente por su Resolución N° 3134- 2010/SC1-INDECOPI, puede concluirse que existen tres tipos de barreras: a) Las barreras legales y/o administrativas; b) Las barreras de tipo estructural y c) Las barreras de conducta.⁴⁶

Las barreras de tipo estructural hacen referencia a: “(...) *aquellas de carácter económico, las cuales nacen de las características fundamentales de la propia industria (tecnología y costos). Por ejemplo, el caso de los costos hundidos y el caso de las economías de escala y de alcance.*”⁴⁷ Por su lado, las barreras de conducta o estratégicas, como Flint indica, se refieren a aquellas de tipo intencional, proveniente de las empresas que tienen por finalidad, reducir o impedir, que entren competidores al mercado; en ese sentido, las barreras estratégicas *“se derivan del comportamiento de las firmas instaladas. Estas pueden, en particular, actuar para elevar barreras estructurales o amenazar con represalias a las firmas aspirantes (...).*”⁴⁸

Finalmente, las barreras legales y/o administrativas, son aquellas que derivan de ciertas políticas públicas y del marco legal aplicable a una determinada industria, y que afecta directa o indirectamente a los privados.⁴⁹ El efecto económico de este tipo de barreras (al igual que las otras), se produce porque su implementación puede afectar a la eficiencia del mercado; un ejemplo claro se produce cuando nuevos competidores

⁴⁶ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010.

⁴⁷ Las barreras estructurales normalmente son consideradas como aquellas “(...) *aquellas características fundamentales del sector, como tecnología, costos y demanda. Hay cierta controversia acerca de cuáles son los factores que constituyen barreras estructurales efectivas. Según la definición más amplia, las barreras a la entrada son el resultado de la diferenciación de productos, de las ventajas absolutas de costo de empresas instaladas y de las economías de escala. (...) George Stigler y los autores del análisis antitrust de la escuela de Chicago dan una definición más restringida de las barreras estructurales a la entrada. Según ellos, sólo habrá barreras cuando un nuevo competidor tenga que soportar costos en los que no incurren las empresas ya instaladas.*” Véase: Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Ley Tipo de Defensa de la Competencia (Posibles Elementos Sustantivos de una Ley de Defensa de Competencia, Comentarios y Enfoques Alternativos en las Legislaciones Vigentes). Nueva York y Ginebra. 2007. p. 41.

⁴⁸ FLINT, Pinkas *Tratado de Defensa de la Libre Competencia - Estudio Exegético del D.L. 701* Fondo Editorial PUCP, Lima. 2002. p. 227.

⁴⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010. Para. 97.

no ingresan en un mercado que presenta barreras cuyos costos (de oportunidad o económicos) no puedan ser absorbidos por las mismas. En aquel caso, el mercado se vuelve menos competitivo y, en ese sentido, se produce un impacto perjudicial en la competencia real de precios y costos. Esto es así, en tanto, “(...) *las barreras de mercado de cualquier tipo impiden que se incremente la eficiencia general por los nuevos competidores potenciales, a la vez que contrarrestan el afán de rendimiento que surge con el riesgo latente de ser desplazado del mercado. La libertad de entrada y salida del mercado, en cambio, ejerce una presión deseada sobre la competencia de precios y costos y, por consiguiente, los beneficios de las empresas. Esto a la vez obliga a las empresas a observar una conducta económica racional, es decir, dar el mejor uso posible a los recursos económicos, lo que se denomina asignación óptima de los factores.*”⁵⁰

En ese sentido, como se ha dejado constancia, una barrera legal y/o administrativa puede tener implicancias económicas, no limitadas a producir efectos en el ingreso/salida del mercado de actores económicos o al mercado considerado de forma abstracta; puede afectar –de igual forma– el funcionamiento concreto del mercado, al alterar las características del modelo libre de mercado, como cuando se generan situaciones de competencia desleal. Adicionalmente, las barreras burocráticas pueden presentar efectos en otras áreas económicas, como es en el comercio internacional. Al respecto, si estas son ilegítimas, desde el punto de vista del derecho interno o internacional, entonces estaremos frente a posibles casos de barreras arancelarias o para-arancelarias. En aquel último supuesto, INDECOPI podrá actuar mediante la activación de la Comisión de Fiscalización de Dumpin y Subsidios (CFD).⁵¹

En el caso que la barrera tenga efectos en el funcionamiento del mercado, al producir un caso de competencia desleal, entonces INDECOPI podrá actuar mediante

⁵⁰ RESICO, Marcelo *Introducción a la Economía Social de Mercado Edición Latinoamericana* - Konrad Adenauer Stiftung. p. 84.

⁵¹ Foro Latinoamericano de Competencia. Organization for Economic Co-operation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Sección III - Abogacía: Incorporación de las Políticas de Competencia en la Política Económica General y Medidas Adoptadas por el Gobierno en los Paises de América Latina y el Caribe. Contribución de Perú. 16-17 de septiembre de 2014. Montevideo, Uruguay. DAF/COMP/LACF (2014)16. Para. 37.

la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y, en caso este confirme la existencia de una barrera burocrática que genera una situación de competencia desleal, podrá remitir esta situación a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas con el fin de que esta última adopte las medidas correspondientes.

Ejemplo de esto, es la decisión de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, en donde se indica que: *“si bien la Comisión ni la Sala cuentan con la potestad de remover las trabas legales que impiden el acceso de potenciales competidores en el marco de un procedimiento por presuntas infracciones a las normas de competencia desleal, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas sí cuenta con la posibilidad de eliminar cierto grupo de exigencias legales que limitan el acceso de los privados al mercado relevante (...). Por consiguiente, una vez que se expida un pronunciamiento definitivo que resuelva la denuncia por el presunto desarrollo de la actividad empresarial estatal no subsidiaria, si la autoridad en materia de competencia desleal ha identificado una o más barreras burocráticas contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra en la potestad de analizar y remover, deberá remitir los actuados a dicho órgano funcional (...).”*⁵²

En ese sentido, los efectos de las barreras que impactan en el mercado pueden ser de diversa índole. Nosotros nos centraremos en las barreras de tipo legal/administrativas; es decir, el tipo de barreras que está dentro de la competencia de la CEBB. Y aunque reconocemos el impacto que ciertas barreras (incluidas las burocráticas) pueden tener en otros campos, como en el Derecho de la Competencia o el Derecho Comercial en general, nuestro análisis excluirá estos.

En relación a las barreras legales/administrativas, como hemos indicado antes, se caracterizan por ser emitidas por ciertas autoridades gubernamentales, en su intento por coordinar el interés general con la protección efectiva del libre mercado.

⁵² Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010. Para. 101-102.

Sin embargo, es preciso anotar que no toda barrera burocrática es ilegítima y, aun cuando ciertas barreras fuesen ilegítimas, no todas ellas podrán obstruir de forma efectiva el ingreso o salida de los particulares en una actividad económica. Por tanto, no toda barrera burocrática que restrinja el acceso a un mercado será considerada inmediatamente una barrera burocrática ilegítima. Por ello, es adecuado tener presentado lo indicado por INDECOPI, al indicar que:

“Debe señalarse que no todas las barreras logran evitar definitivamente el ingreso de nuevos actores al mercado. Por el contrario, muchas de estas representan tan solo la dificultad común que cualquier empresa debe enfrentar para entrar al mercado y que, en la mayoría de casos, pueden ser superadas. Sin embargo, existen otras que efectivamente disuaden la entrada de nuevos competidores, como es el caso de ciertas barreras legales, que llegan a ser tan significativas que en efecto logran evitar que una nueva empresa entre a operar en el mercado. Por ejemplo, marcos regulatorios y sistemas de otorgamiento de licencias y permisos muy estrictos”.⁵³

Esto se verá con mayor claridad en las secciones que siguen.

Ahora, lo que importa enfatizar en esta sección, es que las barreras burocráticas legales y/o administrativas, son impuestas por el Estado como manifestación de su poder de ordenación en el sistema normativo. Pero: ¿Qué hace que un ente estatal establezca una barrera burocrática, que afecta excesiva e ilegítimamente una actividad económica? Las razones son diversas: desde el desconocimiento técnico de los impactos que una barrera puede tener en su interacción con el mercado (o su misma

⁵³ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010. Para. 100.

aplicabilidad a los actores del mercado)⁵⁴ hasta el intento intencional de trasladar la carga de una serie de obligaciones al administrado. Este último caso es especialmente relevante en el caso de barreras burocráticas (legales y administrativas) adoptadas por entidades especializadas en ciertos sectores (como en los sectores energía, minería, contrataciones del Estado, entre otros).

En estos últimos casos, aquellas entidades especializadas, no carecen del conocimiento sobre el impacto de la adopción de ciertas barreras en un sector económico específico; por el contrario, conociendo el impacto, adoptan las medidas para trasladar ciertas cargas técnicas a las que no quieren hacer frente. A dicha conclusión llega INDECOPI en su estudio sobre Eliminación de Barreras Burocráticas, al indicar: "*(...) con el fin de validar la aplicación del modelo de multas óptimas (bienestar social) debe considerarse que las entidades públicas infractoras persiguen el bienestar social, y que las barreras burocráticas que imponen serían un mecanismo para reducir el esfuerzo de la entidad asociado al ejercicio de sus funciones (...).*"⁵⁵ Y, agrega adecuadamente, que "*(...) tal beneficio, en teoría, no sería producto de una óptica de lucro, sino de una visión cortoplacista porque al imponer la barrera irracional o ilegal trasladará el esfuerzo al ciudadano o empresa o recibirá en el corto plazo mayores ingresos; sin embargo, afecta o dilata el impacto positivo que podría obtenerse de una conducta de la autoridad adecuada a derecho.*"⁵⁶ Un caso adicional y relevante para esta investigación, es el de ciertas barreras burocráticas que han sido diseñadas proporcionalmente a los fines que busca lograr el ordenamiento, pero que en la práctica resultan verdaderos obstáculos para los

⁵⁴ Este supuesto no debe ser subestimado. En diferentes oportunidades, INDECOPI ha tenido oportunidad de concluir que el establecimiento de una barrera burocrática ha sido implementado sin tener en consideración si es que los obligados tendrían la oportunidad y capacidad de cumplir con ellas. Por ejemplo, en el Informe correspondiente a la denuncia de la Asociación Peruana de Fitofarmacia, en el que se indica: "*En tal sentido, es importante notar que es la propia autoridad en materia sanitaria, quien acepta, de manera expresa, que los requisitos cuestionados, y que han sido materia de la suspensión, no pueden ser cumplidos dadas las condiciones actuales. Ello, en términos de las funciones y del ámbito de competencia que tiene encomendados la Comisión de Acceso al Mercado, implica que las disposiciones bajo análisis resultan excesivas o desproporcionadas y, por tanto, constituyen barreras burocráticas irracionales.*" Al respecto, véase: INDECOPI. Comisión de Acceso al Mercado. Informe N° 002-2000/INDECOPI-CAM (Denuncia presentada por la Asociación Peruana de Fitofarmacia contra el Ministerio de Salud) del 25 de enero de 2000.

⁵⁵ MONTES, Karina; MORI, Jorge; TORRES, Tessy y YUI, Marcos Serie Estrategias de Enforcement - N° 1, Eliminación de Barreras Burocráticas. Año 1, N° 1. INDECOPI. Lima. 2015. p. 38.

⁵⁶ Idem.,

privados. En esos casos, el impacto se produce antes que por el diseño de la barrera, por la forma en que es administrada y la disuasión que genera en los privados querer interactuar con ciertos funcionarios públicos; lo que incluye tener que lidiar con exceso papeleo, la ineficiencia de los funcionarios, generando lentitud en la toma de decisiones y errores producidos en el proceso por la poca capacidad de los funcionarios públicos y el abuso de posición vinculado a corrupción.⁵⁷

Es debido a esta variedad de causas, que la implementación de las barreras burocráticas puede ser perjudicial. Esto ha generado que, en la experiencia comparada, se esté haciendo prevaleciente la implementación de estudios previos antes de la implementación de medidas que pudiesen suponer barreras irracionales. Aquellas medidas de tipo preventivas, son denominadas *Regulatory Impact Analysis* (RIA) (Evaluación de Impacto Regulatorio), las cuales constituyen una herramienta que: *"(...) busca ser tanto una herramienta como un proceso de decisión para informar a los que toman las decisiones políticas si -y cómo- lograr los objetivos de políticas públicas. Como una herramienta que apoya la toma de decisión, la RIA examina sistemáticamente los potenciales impactos de las acciones gubernamentales al preguntar sobre los costos y beneficios; sobre cuán efectiva será la acción para lograr el objetivo y si existen mejores aproximaciones alternativas disponibles. Como un proceso de decisión, la RIA está integrado con un sistema de consulta, desarrollo de políticas públicas y emisión normativa dentro del gobierno, con el fin de proveer información ex ante sobre los efectos que se esperan de una propuesta regulatoria (...)"*.⁵⁸ En el caso del Perú, este tipo de medida recién comienza a ser implementada⁵⁹, por lo que sigue siendo una tarea fundamental el realizar el análisis sobre los impactos de ciertas barreras burocráticas, después de su incorporación en el ordenamiento, incluso, años después de haber sido formulados y adoptados como es el caso de la presente investigación.

⁵⁷ United Nations Development Programme *Making the Law Work for Everyone* Commission on Legal Empowerment of the Poor. New York - 2008. p. 224.

⁵⁸ Organisation for Economic Co-Operation and Development. *OECD Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Impact Analysis - A Tool for Policy Coherence*. 2009. p. 12.

⁵⁹ La primera agencia gubernamental en implementar este tipo de medidas es el OSINERGMIN. Al respecto, véase: OSINERGMIN, *Peru's energy regulator, begins RIA implementation*. 26 de septiembre de 2006. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/osinergmin-and-regulatory-impact-analysis.htm>.

3.2 Barreras Burocráticas y su Tratamiento en el Orden Nacional

3.2.1 Barreras Burocráticas en el Derecho General y su Tratamiento Normativo

Para determinar el tratamiento que tienen las barreras burocráticas en el orden legal nacional, es imprescindible tener presente el sentido que estos tienen en la constitución del Estado peruano y en la normativa vigente, en lo referido al régimen económico. Al respecto, debe tenerse presente que nuestra norma fundamental, en su Título III (del Régimen Económico), Capítulo I (Principios Generales), artículo 58, dispone que: *“(l)a iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país (...).”*⁶⁰ En ese sentido, nuestro ordenamiento protege y garantiza la iniciativa privada. Al respecto, el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (LMCIP)⁶¹, brinda precisiones respecto a lo que debe entenderse por la protección de la iniciativa privada en el marco de una economía social de mercado; por ello, su artículo 2 dispone lo siguiente: *“El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.”*⁶² Es decir, el Estado se compromete a asegurar que no se produzcan limitaciones en el acceso en las actividades económicas. Como resulta evidente, esto se encuentra vinculado a la necesidad de eliminar las barreras anti-técnicas que pudiesen existir en el ordenamiento interno. Esto queda comprobado, al tomar en cuenta el preámbulo de la LMCIP, el cual expresamente señala que, *“(...) resulta indispensable eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada restando competitividad a las empresas privadas,*

⁶⁰ Constitución Política del Perú. Artículo 58.

⁶¹ Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (LMCIP), publicado en el Diario oficial El peruano el 2 de noviembre de 1991.

⁶² Idem., Artículo 2.

la que es esencial para una exitosa inserción en el mercado internacional.”⁶³ Como resulta claro, estas disposiciones obedecen a un cambio de enfoque en lo referido al desarrollo económico nacional, el cual pasó de uno centralizado y de planificación estatal, hacia uno social de libre mercado; todo ello, producido con el cambio de régimen de la década de los ochenta hacia los noventa. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de establecer cómo debe entenderse el régimen económico constitucional; según nuestro máximo tribunal, la economía social de mercado implica que, la labor del cuerpo político “(...) *no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos*”.⁶⁴ Por tanto, el rol del Estado es residual y/o subsidiario; su impacto en el desarrollo de las actividades económicas es excepcional y solo basado en justificaciones razonables.⁶⁵

Ahora bien, tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional nacional, las libertades patrimoniales que se encuentran reconocidas en la constitución –y que están asociadas a la noción de economía social de mercado–, entre otros, incluyen al derecho a la propiedad, derecho a la libre contratación, libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de comercio y libertad de industria.⁶⁶ Sin embargo, como indica Rubio Correa, “*(l)a economía social de mercado, como se ve, tiene de los dos elementos: de la iniciativa privada como regla y motor del sistema y del Estado en un rol subsidiario de control y corrección de los defectos del mercado. La finalidad de esta economía constitucionalizada es la de lograr el bienestar individual sobre la base del propio esfuerzo y creatividad, pero también un bienestar social que cumpla con los derechos constitucionales integralmente considerados. La productividad*

⁶³ Idem.,

⁶⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 0008-2003-AI/TC-Lima del 11 de noviembre de 2003. Para. 49.

⁶⁵ Idem., Nuestro máximo tribunal indica lo siguiente: “*Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora. La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla de mercado (...).*”

⁶⁶ Idem., Para. 26.

individual y el progreso social deben estar mutuamente entrelazados.”⁶⁷ Esto implica que si bien el Estado garantiza la iniciativa privada (lo cual incluye como bien indica la LMCIP, la eliminación de trabas que entorpezcan el desarrollo de las actividades económicas), al mismo tiempo, este tiene la obligación de asegurar que la iniciativa privada se desarrolle con respeto a los derechos fundamentales de los diferentes grupos que integran la sociedad.

Esto ha sido claramente expuesto por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia del Exp. 0011-2013-PI/TC, oportunidad en la que indicó: “*(el) Tribunal ha sostenido que el derecho a la libre iniciativa privada comprende, entre otras posiciones ius-fundamentales, la facultad de toda persona natural o jurídica, de emprender y desarrollar, con plena autonomía, cualquier actividad económica de su preferencia (...). Ha reconocido, igualmente, que esta faceta de la libertad debe ser coherente con la garantía de posibilidades adecuadas de autorrealización para el ser humano (...). Por ello, el Tribunal ha enfatizado que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco o modelo de Constitución económica que contienen la Ley Fundamental (...).*”⁶⁸ Lo indicado implica que el Estado tiene la obligación de tomar medidas para que aquellos derechos de la colectividad se vean salvaguardados de forma efectiva; lo cual incluye –entre otros– exigencias que los actores económicos deben de cumplir, antes de ingresar al mercado o para mantenerse en el mismo. Por tanto, como contraparte al derecho a la iniciativa privada, se encuentra la obligación impuesta a los agentes económicos, de cumplir con una serie de medidas establecidas por el Estado, en beneficio de la colectividad. Y es que, en nuestro ordenamiento tanto el derecho a la iniciativa privada, como los otros derechos que derivan de la constitución económica, “*puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico.*”⁶⁹

⁶⁷ RUBIO CORREA, Marcial *El Estado Peruano Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú. 2006. p. 90.

⁶⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia Exp. 0011-2013-PI/TC (Caso Ley de Protección a la Economía Familiar) del 27 de agosto de 2014. Para. 17-18.

⁶⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 0008-2003-AI/TC-Lima del 11 de noviembre de 2003. Para. 18.

Como consecuencia de ello, el Estado se encuentra obligado por dos mandatos, que -en ciertos momentos- pueden ser contradictorios. Por un lado, la obligación de no interferir en el desarrollo normal de las actividades económicas y al dejar que la iniciativa privada sea lo más libre posible. Esta última obligación, dimana de la adopción en nuestro orden legal de la economía de mercado y que, como ha quedado sentado en la normativa nacional que naciera con el cambio de modelo económico, busca “asegurar (...) la libre participación del sector privado a fin de generar la competencia requerida para la prestación más eficiente de tales servicios.”⁷⁰ Sin embargo, aquella libertad debe desarrollarse en línea y de forma coherente, con los otros derechos reconocidos en la Constitución. A decir de Landa:

“La economía social de mercado es el modelo económico propio del Estado social de Derecho y busca integrar de manera razonable y proporcional dos principios aparentemente contradictorios: por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad del Estado; y, por otro, el principio de igualdad y de solidaridad social. De esta manera, la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria”.⁷¹

⁷⁰ Decreto Legislativo N° 668, Dictan Medidas Destinadas a Garantizar la Libertad de Comercio Exterior e Interior como Condición Fundamental para el Desarrollo del País, publicado en el Diario El Peruano el septiembre de 1991.

⁷¹ LANDA, César *Constitución Económica del Perú* (Foro Económico Asia - Pacífico APEC) (Coord. César Landa) Justicia Constitucional - Revista de Jurisprudencia y Doctrina Año III, N° 6. Lima, Perú. 2008. p. 57.

Como es evidente, la obligación del Estado de asegurar que la economía social de mercado sea desarrollada con respecto al bienestar de la sociedad no puede lograrse con el solo mandato normativo de que sea así. En ese sentido, el Estado se ve obligado a establecer una serie de permisos, autorizaciones, licencias, registros, entre otros títulos habilitantes, que los privados deben de cumplir antes o durante el desarrollo de sus actividades; requerimientos que le permiten al Estado asegurar directa o indirectamente derechos mínimos que podrían verse afectados por el desarrollo de ciertas actividades económicas. Sin embargo, la imposición de dichas obligaciones y, el adecuado respecto del derecho a la iniciativa privada deberá efectuarse dentro de lo razonable. Es decir, el Estado no puede justificar la imposición de requerimientos desmedidos, justificando que con ello se busca la protección de los intereses de la sociedad; por ello, se requieren criterios que aseguren que la imposición de aquellos requerimientos, que –no son más que barreras a la iniciativa privada– sean adecuados y legítimos. Para ello, se han aprobado una serie de normas que buscan regular esta situación.

Un primer paso para esclarecer esta regulación, es tener presente la definición de barreras burocráticas en nuestro ordenamiento; con aquella definición, podremos tener presente qué limitaciones a la actividad privada constituyen regulaciones legítimas y cuáles no. La definición de barreras burocráticas la encontramos en la Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada⁷², la misma que en su artículo 2 define a las barreras burocráticas como: “(...) *los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.*”⁷³ Esta disposición debe leerse en conjunto con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de

⁷² Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada publicado en el Diario Oficial El Peruano el 04 de abril de 2007.

⁷³ Idem., Artículo 2.

la Propiedad Intelectual – INDECOPI⁷⁴ (en adelante, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI), el mismo que establece en su artículo 2, numeral 2.1., literal a), que el INDECOPI tendrá –entre otras funciones- el “*vigilar la iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, así como velar por el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa.*”⁷⁵

De la lectura de ambos dispositivos, cabe resaltar las siguientes consideraciones: i) Las barreras burocráticas pueden adoptar una diversidad de formas (exigencias, requisitos, entre otros). ii) No toda barrera burocrática está prohibida en el ordenamiento nacional. Tal y como indicamos previamente, las barreras burocráticas tienen un propósito, y aquel propósito puede ser justificado o no. En el orden nacional, solo las barreras burocráticas cuya imposición cumplen ciertos requisitos se encuentran prohibidas. iii) Para que una barrera burocrática sea calificada como una acción que debe ser eliminada del orden normativo, la misma debe ser declarada ilegal o irracional. iv) Adicionalmente, aquella medida a ser removida, debe afectar principios y normas de simplificación administrativa y que limitan la competitividad en el mercado.

Para la eliminación de las barreras que son ilegales e irracionales, al afectar la competitividad del mercado, se estableció que INDECOPI sería competente. En ese sentido, esta institución, entre otras atribuciones, tiene la labor de eliminar las barreras burocráticas. Específicamente, INDECOPI efectúa aquella labor mediante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la CEBB). Según dispone el artículo 6.1. del Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante LPEBB), publicado el 08 de diciembre del presente año, “*la Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso*

⁷⁴ Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

⁷⁵ Idem., Artículo 2, numeral 2.1., literal a).

del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.”⁷⁶

La CEBB actuará *ex-post*, es decir, de forma posterior a la emisión del acto o disposición (o cualquier otra modalidad) de una entidad de la Administración Pública que constituya una barrera burocrática. Esto hace que el mecanismo de control reconocido en nuestro sistema legal, se diferencie de los mecanismos que hacen frente a estas distorsiones en otros sistemas legales. Al respecto, Francisco Ochoa recuerda que: *“el modelo de control regulatorio en el Perú a través de la CEB resulta sorprendente y poco convencional. En primer lugar, la mayor parte de sistemas legales pone énfasis en el análisis previo de las regulaciones (a través del RIA), de modo tal que resulta competencia del Poder Judicial el control posterior de estas disposiciones, una vez implementadas. En el caso del Perú, si bien las entidades están obligadas a justificar sus regulaciones y actuaciones de manera previa a su emisión, esta obligación es supervisada de manera posterior por la CEB, pudiendo ordenarse la eliminación de las regulaciones innecesarias, incluso cuando estas ya han sido implementadas.*”⁷⁷

Ahora, regresando a las atribuciones de INDECOPI, la Ley de Organización y Funciones del mismo, hace énfasis en que, las barreras a ser eliminadas por la CEBB

⁷⁶ Decreto Legislativo N° 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 08 de diciembre de 2016. Debe tenerse presente que, dada la reciente publicación de la LPEBB, existen procedimientos que han sido iniciados según los criterios de la norma previamente vigente. Hasta hace poco, lo antes indicado se encontraba regulado por el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI (derogada, salvo por los artículo 26 y 26BIS), “(1) a Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública (...) que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado (...)” Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, derogada por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1033, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008 (con excepción de sus artículos 26 y 26BIS).

⁷⁷ OCHOA MENDOZA, Francisco “¿Es Posible Hacer Cumplir la Ley sin Sancionar? Aplicando de Manera Responsiva la Regulación en el Perú, a Propósito del Caso de Abogacía de la Competencia sobre las Barreras Burocráticas en el Mercado de Servicios Públicos” En: *Derecho PUCP* N° 76. 2016. pp. 159-160.

son aquellas que son declaradas como ilegales o irracionales.⁷⁸ La labor de la eliminación de aquel tipo de barrera burocrática, como hemos indicado previamente, se encuentra vinculada al correcto funcionamiento del Estado. Por ello, en la exposición de motivos de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, se señala que: “(...) *la autoridad de competencia y de protección de la propiedad intelectual tiene en manos una tarea primordial (...). (...) la autoridad debe procurar la oportuna declaración y eliminación de barreras burocráticas que, impuestas desde el propio Estado, son capaces de afectar el ingreso o permanencia en el mercado de las empresas, a causa de la imposición de costos ilegales o irracionales que afectan su competitividad.*”⁷⁹ De lo transcrito, una vez más, observamos que lo que se encuentra prohibido dentro del orden legal nacional es la creación e imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales, que impacten perjudicialmente en los principios y normas de simplificación administrativa.

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿Qué se entiende en nuestro ordenamiento por barreras ilegales o irracionales y qué se entiende por principios y normas de simplificación administrativa?

La segunda pregunta, tiene respuesta en la Resolución N° 0274-2007-CAM-INDECOPI, por la que se aprueban los Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Simplificación Administrativa, la misma que responde dos preguntas esenciales: ¿Qué es la simplificación administrativa? Y, ¿Qué son los principios de simplificación administrativa? Al respecto, en la disposición se responde lo siguiente: “*¿Qué es la simplificación administrativa? Es la eliminación de las exigencias innecesarias en los trámites que realizan los administrados ante las distintas entidades administrativas del Estado. Se materializa en el cumplimiento de las normas y principios de simplificación administrativa en la Ley N° 27444 (...). ¿Qué son los principios de simplificación administrativa? Son las pautas que deben tener en cuenta*

⁷⁸ La norma indica expresamente que: “*Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.*” Ver: Decreto Ley N° 25868 ... op. cit.,

⁷⁹ Idem., Exposición de Motivos de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI. Punto I.1.

las entidades administrativas durante la tramitación de los procedimientos administrativos a su cargo, cuya finalidad es permitir una decisión oportuna, ajustada a ley y sin sobrecostos para los ciudadanos, siendo aplicables para establecer procedimientos y requisitos.”⁸⁰ Los principios a los que se hace alusión son los principios de informalismo, de presunción de veracidad, celeridad, eficacia, simplicidad, predictibilidad y privilegio de controles posteriores. Ahora, lo indicado por la norma en este punto, debe ser tomado como una posición referencial de INDECOPI, no siendo obligatorio ni restrictivo, respecto a las normas que incluyen las disposiciones y principios de simplificación administrativa que la CEBB debe garantizar.⁸¹ En ese sentido, INDECOPI determinará una vulneración a normas y/o principios de simplificación administrativa dispuestas en la Ley N° 27444, como en otras normas administrativas cuyo objeto sea la simplificación de procedimientos administrativos.

Ahora, en relación a la primera interrogante, sobre qué debe entenderse por barrea burocrática ilegal e irracional, debe indicarse que aquellos términos son por

⁸⁰ Resolución N° 0274-2007-CAM-INDECOPI, Aprueban Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Simplificación Administrativa. 14 de diciembre de 2007.

⁸¹ Esto se desprende del artículo 1 de la LPEBB, la misma que indica: “La presente ley tiene como finalidad supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen 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 el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.” Esta disposición se ve complementada con lo dispuesto en el artículo 4 de la misma norma, la cual indica: “Además de los principios señalados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades a cargo de hacer cumplir la presente ley se rigen por los siguientes principios: 1. Principio de acción preventiva. - los órganos encargados del inicio de las acciones de oficio dentro del Indecopi privilegian las acciones de prevención y/o coordinación con el objeto de promover la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad por parte de las entidades sujetas a investigación. 2. Principio de encausamiento. - los órganos de primera instancia identifican, de oficio, otros medios de materialización de una barrera burocrática distintos a los indicados en la denuncia, cuando sea evidente su existencia. Del mismo modo, los referidos órganos podrán identificar, de oficio, la barrera burocrática cuestionada del texto íntegro de la denuncia y no únicamente del petitorio.” En el marco legal previo, también podía llegarse a aquella conclusión. Esto se desprende del artículo 26BIS de la Decreto Ley N° 25868, el cual indica: “La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública (...) que impongan barreras burocráticas (...) y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Decreto legislativo N° 776, así como las normas reglamentarias pertinentes.” Ver: Decreto Ley N° 25868 ... op. cit., Artículo 26BIS.

naturaleza abiertos y, por tanto, deben ser fijados caso por caso. Sin embargo, respecto a la noción de ilegalidad de una barrera burocrática, puede indicarse desde ya que se incurre en aquel supuesto cuando una barrera burocrática no respeta la normativa nacional; especialmente, lo dispuesto en la Ley N° 27444, en donde se establecen una serie de requisitos y obligaciones para la administración. Como indica Francisco Ochoa:

(...) si nuestros representantes en el Congreso de la República (o por delegación, el Poder Ejecutivo) son los únicos autorizados a aprobar o imponer restricciones a nuestras libertades, ¿cómo es que una entidad de la Administración Pública o un servidor público puede aplicar o crear regulaciones de cómo debo llevar a cabo una actividad económica? La respuesta es simple: no es posible legalmente imponer estas restricciones en tanto que quien ejerce la función administrativa no tenga permiso expreso - proveniente de una ley o de la Constitución- para ello. Este razonamiento guarda relación con lo que se conoce como el principio de legalidad en materia administrativa, reconocido en el artículo IV de la Ley N° 27444, según el cual las entidades ejercen sus funciones dentro de lo que la ley y la Constitución le asignen como atribuciones y de acuerdo a la finalidad que de estas últimas.⁸²

En relación al requisito de razonabilidad de la barrera burocrática, la indeterminación de aquel término ha hecho que el mismo sea fijado en las decisiones de la CEBB y, de igual forma, lo relativo a las circunstancias que hace que una barrera burocrática sea considerada ilegal. En las siguientes líneas, veremos el tratamiento que

⁸² OCHOA MENDONZA, Francisco "Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas" En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI) Año 10, N° 19. 2014. p. 14.

han tenido ambos conceptos tanto en INDECOPI como en el Tribunal Constitucional nacional.

3.2.2 Barreras Burocráticas y su Tratamiento por el INDECOPI

Como ya hemos indicado, la CEBB tiene como tarea determinar si una barrera burocrática presenta características de ilegalidad/irracionalidad y si, además, las mismas impactan negativamente en los principios y normas de simplificación administrativa.

Uno de los primeros puntos que debe efectuarse al analizar esta materia es determinar si las barreras burocráticas solo son actos y disposiciones positivas de la administración pública o si, por el contrario, incluye igualmente omisiones de la administración (que impactan en los actores económicos). El Tribunal del INDECOPI ha tenido oportunidad de sentar posición en este asunto en su Resolución N° 143-2009/SC1-INDECOPI, en donde la Municipalidad de Santiago de Surco sería denunciada por omitir la publicación de la estructura de costos que sustentaba la tasa por derecho de trámite para el otorgamiento de licencias de funcionamiento. El Tribunal del INDECOPI señala lo siguiente: *“(s)i bien ante esta instancia administrativa la denunciada no ha acreditado que haya cumplido con publicar la estructura de costos que sustenta la tasa (...) resulta pertinente señalar que dicho incumplimiento no es susceptible de ser calificado como una barrera burocrática. En efecto, la imposición de una barrera burocrática implica una actuación por parte de la administración pública materializada en actos o disposiciones que constituyan exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas.”*⁸³ En ese sentido, el Tribunal concluye que la omisión, en la que incurrió la Municipalidad de Santiago de Surco, no puede ser calificada como una barrera burocrática.⁸⁴ Esta posición sería reafirmada en diferentes pronunciamientos del

⁸³ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 143-2009/SC1-INDECOPI (Exp. 113-2008/CEB) del 14 de abril de 2009. Fundamentos 21 y 22.

⁸⁴ Idem., Fundamento 23.

Tribunal del INDECOPI, señalándose diferentes razones. Como recuerda Francisco Ochoa:

“La CEB tampoco considera bajo su supervisión las inacciones, omisiones y/o demoras de las entidades de la Administración Pública ya que: (i) las barreras burocráticas solo se pueden expresar con actuaciones, es decir, siempre en sentido de activo y no pasivo; (ii) solo es posible ordenar la eliminación de algo que existe y no de una inacción, y (iii) un razonamiento contrario implica convertir a la CEB en una autoridad de control funcional de las entidades públicas, lo cual está reservado a determinadas autoridades administrativas y judiciales”.⁸⁵

A pesar de esto, el Tribunal de INDECOPI ha tenido oportunidad de precisar ciertos contornos a lo antes indicado. En su Resolución N° 0837-2011/SC1-INDECOPI⁸⁶ aquel colegiado analizó la demanda interpuesta por la Universidad César Vallejo en contra de la Municipalidad Provincial de Piura. La razón de la demanda se sustentó en el hecho de que la Municipalidad omitió realizar la inscripción de los predios de propiedad de la universidad dentro del plazo legal. El Tribunal del INDECOPI, en esta oportunidad, indicaría que la omisión: “(...) *si podría materializar la imposición de una barrera burocrática susceptible de ser evaluada por la Comisión, en la medida que tal situación reflejase el desconocimiento de la aplicación del silencio administrativo positivo.*”⁸⁷ Y, aún más, el colegiado agregaba, respecto al artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 (ahora derogado) que la misma: “(...) *no desconoce la posibilidad de que una omisión de la Administración Pública pueda ser*

⁸⁵ OCHOA MENDONZA, Francisco op. cit., p. 29. Nota: 82.

⁸⁶ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 0837-2011/SC1-INDECOPI (Exp. N° 00005-2009/CEB-INDECOPI-PIU).

⁸⁷ Idem., Para. 9.

calificada materialmente como un acto que imponga barreras burocráticas que afecten el acceso o la permanencia en el mercado de los agentes económicos."⁸⁸

Como consecuencia, las omisiones que generen limitaciones al acceso o permanencia de los privados en el mercado, no podrán ser descartadas *per se* como medidas no calificables como barrera burocrática, en el sentido establecido por el marco legal que rige a la CEBB.

Por otro lado, cabe indicar que se ha confirmado en las decisiones de la CEBB que las barreras burocráticas incluyen –como señala la normativa de la materia– las normas de alcance general emitidas por las entidades de la administración pública, excluyendo de su competencia el análisis de legalidad o razonabilidad de las disposiciones incorporadas en normas con rango de ley (los mismos que deberán ser cuestionados siguiendo los procedimientos adecuados para ello). Ahora bien, esto no significa que la CEBB haya considerado que su análisis esté limitado a actos administrativos y/o normas de rango infra-legal en todo nivel de gobierno; pues la CEBB es competente para conocer los casos y disposiciones "*(...) así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional.*"⁸⁹ Respecto a esto último, se ha concluido que esto significa que tiene la competencia para: "*(...) evaluar las barreras burocráticas que pueden hallarse contenidas en las ordenanzas municipales o normas regionales, aun cuando dichas normas constitucionalmente tienen rango legal.*"⁹⁰

⁸⁸ Idem., Para. 10.

⁸⁹ La CEEBB en aquel momento, hacía referencia a lo dispuesto por el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 (ahora derogado). Sin embargo, esta misma disposición se encuentra recogida en la norma que derogado el Decreto Ley N° 25868, artículo 6.1.

⁹⁰ Sobre este punto, véase: AVENDAÑO VALDES, Juan Luis y ZUMAETA CASTRO, Fiorella "El que no Cae, no Tiene que Resbalar en el Poder Judicial. Las Barreras Burocráticas y el Procedimiento Administrativo" En: *Ius Et Veritas* Vol. 21, N° 43. 2011. p. 214. Justificaba lo antes indicado, el antiguo artículo 49 de la Ley N° 27444, que indicaba: "*Sin embargo, cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado la barrera burocrático 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 respectivo al Concejo Municipal o al Consejo Regional, según corresponda, para que resuelva legalmente en el plazo de 30 (treinta) días. Dicho plazo se computará desde la recepción del informe por la autoridad municipal o regional correspondiente.*" La disposición sustitutoria, también daría sustento a lo indicado, al establecer:

Ahora bien, en lo relativo a los requisitos de ilegalidad e irracionalidad, que una barrera burocrática debe tener para ser objeto de inaplicación por parte de la CEBB, el Tribunal de INDECOPI sentaría ciertos criterios en su precedente de observancia obligatoria, emitido en su Resolución N° 182-97-TDC.⁹¹ El caso objeto de la resolución involucró la denuncia de una empresas de taxis en contra de la Municipalidad Provincial de Trujillo dada la emisión de un decreto de alcaldía que disponía la uniformización de las características físicas que debían tener los taxis en su jurisdicción. El demandante argumentó que la disposición generaba sobrecostos e imposibilitaba su diferenciación con los otros servicios de taxis que, por definición, ofrecen menor seguridad. En este contexto, el Tribunal de INDECOPI recordó que la imposición de exigencias por parte de las autoridades gubernamentales eleva los costos de producción de bienes y servicios y, en dicho caso, aquellas imposiciones: *“(...) deben ser justificados adecuadamente por las autoridades administrativas, de modo tal que su exigibilidad resulte ser natural en razón del interés público, de modo tal que su exigibilidad resulte ser natural en razón del interés público que la ley les encomienda tutelar.”*⁹² Esto implica que la barrera burocrática creada debe estar en conexión a la satisfacción de las exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general de la población que la ley le impone;⁹³ pero –aún más– la

“Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general, dicha Comisión se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto. La resolución de la Comisión podrá ser impugnada ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.”

⁹¹ Tribunal del INDECOPI. Resolución N° 182-97-TDC (Exp. N° 036-96-CAM) del 20 de agosto de 1997.

⁹² Idem., Sección III.2. El Tribunal del INDECOPI indica expresamente: *“Siguiendo este razonamiento, cuando las autoridades administrativas establecen exigencias sobre los particulares que realizan actividades económicas, elevan los costos de producir bienes y servicios en el mercado y encarecen la adquisición de tales productos por parte de los consumidores. Para las empresas, ello se traduce en mayores costos para el acceso y la permanencia en el mercado. Estos sobrecostos, por tanto, deben ser justificados adecuadamente por las autoridades administrativas, de modo tal que su exigibilidad resulte ser natural en razón del interés público que la ley les encomienda tutelar.”*

⁹³ Idem., Al respecto, el Tribunal del INDECOPI indicaría lo siguiente: *“De lo expuesto se deduce que, cuando la Administración Pública absuelve el traslado de aquellas impugnaciones que la ley reconoce contra sus actos, tiene la carga de probar la finalidad de la medida cuestionada, esto es, si ella tenía por objeto satisfacer en forma proporcionada y razonable las justas exigencias de la moral, el orden*

satisfacción de aquellos intereses de la comunidad, debe ser efectuada de forma adecuada. Por ello, el Tribunal de INDECOPI agregaría que: *“(l)os administrados, por tanto, tienen el derecho de cuestionar ante el organismo competente los actos administrativos que pudieran generar tratamientos arbitrarios, discriminatorios o desproporcionados en relación a sus fines, motivo por el cual la Administración Pública debe encontrarse en capacidad de sustentar y acreditar frente a ellos la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.”*⁹⁴ Este desarrollo de tipo casuístico se ha visto complementado con la emisión y publicación de la LPEBB, la misma que en su Capítulo II, dispone la metodología de análisis de las barreras burocráticas. Los artículos 14 al 18 explican cómo deberá de entenderse la ilegalidad o falta de razonabilidad de una barrera burocrática. En ese sentido, el artículo 14 de la norma indica que el análisis de legalidad que la Sala o el Tribunal del INDECOPI efectuara, implica la evaluación de ciertos aspectos, como la existencia o no de atribuciones dadas por ley que autoricen el establecimiento o la aplicación de la barrera burocrática bajo análisis; la determinación de si la entidad siguió los procedimientos y formalidades establecidas por el marco legal para la emisión y aplicación de la disposición administrativa cuestionada, y la determinación de si la imposición o aplicación de la barrera burocrática contraviene principios de simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo legal.⁹⁵ Por su parte, en los artículos 15 al 18 de la misma norma se establece una serie de criterios relacionados al requisito de razonabilidad, que toda barrera burocrática debe de cumplir. De especial interés es el artículo 16, por la cual se establecen los indicios de carencia de razonabilidad de las barreras burocráticas, el cual incluye a las “medidas arbitrarias” y a las “medidas desproporcionales”. La norma dispone que una medida arbitraria es aquella que *“(…) carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida (...)”*; mientras que una medida desproporcionada es aquella que *“(…) resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan*

público y del bienestar general de la población, de forma tal que el juzgador no tenga que suponer o imaginar las razones de interés público que la sostienen.”

⁹⁴ Idem.,

⁹⁵ Decreto Legislativo N° 1256 ... Artículo 14.

lograr el mismo objetivo de menos gravosa.”⁹⁶ Esto último, se ve complementado con el artículo 18 de la norma bajo revisión, en la que se dispone:

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala (...) considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

a. Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite: 1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad. 2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada. 3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

b. Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite: 1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado. 2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos. 3. Que otras

⁹⁶ Idem., Artículos 15-18.

medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

18.2. En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.⁹⁷

De esto, puede deducirse que, para el análisis de la legalidad y racionalidad de una barrera burocrática, debe seguirse ciertos pasos, los cuales podemos resumir así:

a) Determinar si la medida cuestionada es competencia de la CEBB (es decir, si constituye un acto normativo/administrativo de la administración pública o, un acto normativo general de las Municipalidades y Gobiernos Regionales).

b) Determinar si la medida cuestionada ha sido emitida sustentado en una norma habilitante y, en ese sentido, ha sido lícitamente dictada. Esto implica constatar si la medida respeta el Principio de Legalidad del Derecho Administrativo.⁹⁸ Debe

⁹⁷ Idem., Artículo 18.

⁹⁸ Ahora bien, respecto al elemento de ilicitud en la que podría incurrir una barrera burocrática, debe tenerse presente que existen diferentes tipos de niveles de la misma. En primer lugar, existe una posible ilicitud expresa, que se produce por la emisión de una disposición faltando una norma específica que le permita a la entidad gubernamental emitir aquella disposición administrativa y, segundo lugar, encontramos una ilicitud por contravención del ordenamiento, el cual implica la violación de los requisitos mínimos de validez de un acto o disposición administrativa o la vulneración del orden legal general. Por ejemplo, si tras el análisis de una barrera se determina que la misma ha sido emitida en base a una norma habilitante, pero que su emisión vulnera una serie de normas generales, entonces en última instancia, la CEBB o el Tribunal del INDECOPI tendrá que inaplicarlas. Esto implica, como es claro el juzgamiento de la disposición administrativa, el cual, cuando recae en disposiciones municipales y regionales ha sido cuestionada por considerarse que el INDECOPI adoptaría competencias que no le son propias, como las de inaplicar normas generales por ser inconstitucionales. Sin embargo, como bien ha explicado el Tribunal Constitucional nacional: *“Sin perjuicio de lo anotado (...) este Colegiado debe puntualizar (...) que la CEB, cuando “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad. Por ejemplo, cuando en un procedimiento administrativo se detecta que una ordenanza es contraria a normas como el Decreto Legislativo N.º 757 (Ley Marco de para el Crecimiento de la Inversión Privada), Ley N.º 27444, Ley N.º 28976 (Ley Marco de licencia de funcionamiento) e inclusive la Ley N.º 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades), la CEB resuelve tal antinomia en virtud del principio de competencia excluyente,*

agregarse, respecto a esta constatación, que: “(e)n el análisis de legalidad, luego de verificar si la autoridad denunciada ha actuado en el marco de sus competencias y si la medida cuestionada ha respetado los procedimientos establecidos para su emisión (por ejemplo, si se ha utilizado el instrumento idóneo para regular), la Comisión efectúa una evaluación de fondo. Esto es, compara las exigencias establecidas por la disposición cuestionada con los requisitos impuestos por las normas con rango legal. Basta que se detecte que la autoridad ha vulnerado uno de los niveles comprendidos en el análisis de legalidad (competencia, proceso de emisión o fondo) para que se entienda que ha impuesto una barrera burocrática ilegal.”⁹⁹

c) Determinar si la medida adoptada, aun cuando haya sido emitida dada la existencia de una norma habilitante, ha cumplido con los fines de la norma y, por tanto, si cumple con proteger el interés, orden y/o moral público.

d) Determinar si la consecución que busca satisfacer la imposición de la barrera burocrática (interés, moral u orden público), ha sido llevado a cabo legítimamente. Esto implica que debe haber sido efectuada con respecto a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

Teniendo en cuenta aquello, el Tribunal del INDECOPI establece los pasos a seguir, al momento de determinar el estatus de una barrera burocrática. El colegiado indicó:

En primer lugar, la Comisión -o la Sala en su caso- evaluará la legalidad de la medida administrativa (...). En segundo término, se analizará la racionalidad de la exigencia

“aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante” [0047-2004-AI/TC, fund. 54, e)]. Como se observa, la situación generada se resuelve a partir de determinar que se trata de una antinomia entre dos normas del mismo rango, como pueden ser las leyes formales y las ordenanzas regionales y municipales. Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución.” Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia Exp. N° 00014-2009-PI/TC del 25 de agosto de 2010. Para. 25.

⁹⁹ DRAGO ALFARO, Mario y ZUMAETA CASTRO, Fiorella "El Estado contra el Estado: El Modelo Peruano de Eliminación de Barreras Burocráticas como Propuesta para el Crecimiento Económico de Países en Vías de Desarrollo" En: *FORSETI - Revista de Derecho* N° 1. 2013. p. 109.

impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos: a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional (...) ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas). (...) b. En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad (...). (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; lo que significa haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar (...). (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión (...) que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados (...).¹⁰⁰

Esta fórmula ha soportado la prueba del tiempo, siendo complementada por diferentes resoluciones. Sin embargo, antes de entrar en ese punto, debe tratarse un punto discutido, que hace referencia a que forma parte del análisis de razonabilidad, la determinación de si la medida fue discriminatoria, en tanto la misma, es parte del análisis de legalidad de todo acto. Al respecto, se ha indicado con cierto acierto que, *“(...) llama la atención (...) el hecho que en el precedente de taxis amarillos se haya considerado que los tratos discriminatorios contenidos en disposiciones administrativas califican como un indicio de presunta carencia de razonabilidad de*

¹⁰⁰ Tribunal del INDECOPI. Resolución N° 182-97-TDC ... op. cit.,

una barrera burocrática y no como un aspecto que debe ser evaluado dentro del análisis de legalidad."¹⁰¹ Agregan los autores:

Recordemos que al momento de la aprobación del precedente de taxis amarillos en 1997 ya se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, el cual en su artículo 12 prohibió al Estado establecer tratamientos discriminatorios entre inversionistas y empresas, en razón de sectores o de tipos de actividades económicas. Por tanto, sin un denunciante cuestiona la carencia de razonabilidad de una medida alegando que es discriminatoria, consideramos que la CEB o la Sala podría eventualmente encauzar dicho pedido como un cuestionamiento de legalidad por una presunta vulneración al artículo 12 del Decreto Legislativo N° 757; y, en caso de que corroboren que existe un tratamiento desigual entre iguales, pueden declarar fundada la denuncia por la imposición de una barrera burocrática ilegal.¹⁰²

Al respecto, debemos indicar que –aunque la inclusión del elemento de la discriminación, se encuentra dentro del análisis de la razonabilidad de la imposición de la medida– lo cierto es que cabría distinguir dos tipos de discriminaciones. La discriminación abiertamente ilegal (la cual caería dentro del análisis de legalidad de la imposición de la medida) y la discriminación que, no siendo ilegal (por cumplir los requisitos establecidos para ello), generan un impacto desproporcional o irracional en

¹⁰¹ UGÁS SOBARZO, Sofía y PAREDES FIESTAS, Guillian "El Análisis de Razonabilidad a Través de los Pronunciamientos del INDECOPI: Cómo Evitar Medidas Impuestas Utilizando el Detin Marin De Do Pingue" En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* Vol. 10, N° 19. 2014. p. 84.

¹⁰² Idem.,

el mercado. En este último caso, estaríamos dentro del análisis de la razonabilidad de la barrera burocrática.

Ahora bien, los detalles referidos a la posición de la CEBB y del Tribunal del INDECOPI sobre el requisito de legalidad y razonabilidad, serán tenidos en cuenta al momento de analizar el Registro Nacional de Proveedores y si este constituye o no una barrera burocrática que debe ser removida del ordenamiento nacional.

Por último, para que una medida administrativa y/o legal se considere como contraria al ordenamiento legal nacional, el mismo requiere –como ya hemos indicado– presentar un efecto negativo en el mercado. Como hemos indicado en secciones precedentes, una medida podrá ser inaplicada por la CEBB en tanto la misma incumpla ciertos criterios, pero, además, debe presentar efectos contrarios al funcionamiento del mercado. Para determinar aquella afectación del mercado, se hace uso de la teoría del mercado relevante. Es decir, es necesario el uso de una noción que permita analizar una porción del mercado específico que se habría visto afectada, pues no toda acción puede modificar el mercado en su conjunto. Sin un parámetro como este, sería imposible, en casi todos los casos, que una medida que atentara contra la competencia o una barrera burocrática fuese considerada ilegítima en nuestro sistema. Con el ingreso de la noción de mercado relevante, el análisis de la afectación queda delimitado respecto a una porción del total del mercado; de aquel que puede ser afectado por una medida concreta, sea de un privado o del Estado.

Para entender este concepto en el marco de las barreras burocráticas, recordemos la resolución de INDECOPI N° 3134-2010/SC1-INDECOPI antes citada, en donde aquella institución señaló que, *“si bien la Comisión ni la Sala cuentan con la potestad de remover las trabas legales que impiden el acceso de potenciales competidores en el marco de un procedimiento por presuntas infracciones a las normas de competencia desleal, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, si cuenta con la posibilidad de eliminar cierto grado de obligaciones legales **que limitan el acceso de los privados al mercado relevante** (...).”*¹⁰³

¹⁰³ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010.

Esto confirma que el concepto de mercado relevante se toma en cuenta en el caso del análisis de las barreras burocráticas. Como se indica en la resolución en mención, la competencia de la CEBB se expresa en la exclusión y/o eliminación de barreras burocráticas que limiten el acceso a un mercado específico. Ahora bien, como ya hemos analizado, la limitación por medio de una barrera burocrática debe eliminarse cuanto aquella limitación sea ilegítima (en cuyo caso habrá de caer en los supuestos indicados en las secciones precedentes); pero, además, la barrera debe haber impedido el acceso de los privados a un mercado relevante. Eso no es exclusivo de nuestro ordenamiento; por ejemplo, esto se reconoce en la Guía de la OCDE sobre evaluación de la competencia, la cual indica, "*(e)n términos generales, las barreras a la entrada pueden definirse como los elementos que obstaculizan la entrada de nuevas empresas al mercado relevante.*"¹⁰⁴ Similar posición se puede observar en la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, en el que el tribunal indicó:

Se pueden identificar hasta tres tipos de barreras: (i) legales y/o administrativas; (ii) estructurales; y, (iii) de conducta o estratégicas. Las primeras se refieren a las barreras derivadas de las medidas de política pública y del mandato legal de la industria que pueden afectar de manera directa o indirecta a las empresas. El siguiente grupo de barreras engloban a aquellas de carácter económico, las cuales nacen de las características fundamentales de la propia industria (tecnología y costos). Por ejemplo, el caso de los costos hundidos y el caso de las economías de escala y de alcance. Finalmente, las barreras de conducta o estratégicas son las generadas por el comportamiento de las propias empresas que

¹⁰⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Herramientas para la Evaluación de la Competencia. Vol. II: Guía. Versión 2.0. p. 22. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>.

compiten actualmente en el mercado investigado, o de las empresas que no están establecidas en el mercado, pero desde fuera pueden influir en sus condiciones de competencia. Una barrera de este tipo podría ser, por ejemplo, la existencia de acuerdos verticales de exclusividad.¹⁰⁵

INDECOPI agrega qué deberá entenderse por mercado relevante. INDECOPI señala que, *“la determinación del mercado relevante es trascendental porque permite identificar cuáles son los competidores directos de la empresa estatal, de ser el caso que existan empresas privadas en el mercado. Las normas de libre competencia contemplan una previsión legal que puede ser utilizada para nuestro análisis, pues define el concepto de mercado relevante. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas- se refiere al mercado relevante de la forma siguiente: 6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. 6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. 6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.”*¹⁰⁶

¹⁰⁵ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010.

¹⁰⁶ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010.

Como queda claro, el análisis de los mercados relevantes es uno que se efectúa, en especial, cuando hay elementos de análisis que involucran la libre competencia;¹⁰⁷ sin embargo, ello no debe llevar a pensar que aquel concepto no tenga aplicación en el caso de la imposición de barreras burocráticas. Por ello Cuba indica: *“De verificarse la existencia de barreras burocráticas, se debe analizar si estas constituyen altas barreras burocráticas que inhabilitan plenamente el ingreso de nuevos proveedores al mercado, puesto que no todas las barreras burocráticas impiden la existencia de competencia, sino aquellas que a través de un riguroso análisis puedan afectar de forma relevante el ingreso de la competencia y ser catalogadas como de clase alta. Por lo tanto, de no encontrarse ninguna barrera burocrática, o simplemente barreras que no dificulten en gran manera el acceso al mercado, también se considerará que la actividad empresarial desarrollada en dicho mercado viola en forma tangencial el rol subsidiario del Estado y por tanto amerita que tal actividad sea sancionada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (...).”*¹⁰⁸

Ahora, aquel concepto debe ser aplicado con cuidado en el caso que venimos analizando. Debe tenerse presente que, para determinar si estamos ante un mercado relevante, en concreto, existen ciertos criterios que pueden ser aplicados. Muchos de esos criterios provienen del derecho de la competencia.¹⁰⁹ Nuevamente, es necesario

¹⁰⁷ Por ello cuando se define el mercado relevante, se tiende a hacer referencia a posiciones de abuso de dominio. En ese sentido, se ha señalado que: *“a. Mercado Relevante. Para que una empresa pueda incurrir en actos de abuso de posición de dominio debe contar con esta posición en el mercado. Para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. Una empresa podrá actuar de esta forma cuando los clientes y proveedores del mercado en cuestión no tienen alternativas reales, distintas a la empresa dominante, para comprar los bienes que requieren o vender los bienes que producen, respectivamente.”* INDECOPI. Análisis de las Funciones de INDECOPI a la Luz de las Decisiones de sus Órganos Resolutivos (Libre Competencia). Colección por Vigésimo Aniversario del INDECOPI. 2013. Lima - Perú. p. 18.

¹⁰⁸ CUBA MENESES, Erick "Límites al Estado Empresario a Propósito del Principio de Subsidiaridad" En: *Actualidad Gubernamental* N° 40. 2012. p. 2.

¹⁰⁹ Por ejemplo, desde aquel campo se ha indicado que, *“(l)a etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición del mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado. La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos.”* Véase: FIGARI, Hugo; GÓMEZ, Hugo y ZÚÑIGA, Mario "Hacia Una Metodología para la Definición

tener presente lo indicado por el artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). Como indica la norma, para entender lo que implica hablar de un mercado relevante, debe tenerse presente: a) El mercado del producto y b) El mercado geográfico. En el caso de esta investigación, surge la pregunta si la contratación con el Estado, específicamente en lo relacionado al Registro Nacional de Proveedores, representa una barrera burocrática para los proveedores de bienes y servicios hacia un mercado relevante. Para determinar ello, según lo indicado en la estructura de análisis establecido por la LRCA, tendría que establecerse el mercado del producto y el mercado geográfico. Ahora, la forma de aproximar el problema en este caso, es preguntando si una potencial barrera burocrática tiene el potencial de impedir el ingreso o permanencia de los privados a un mercado específico; es decir, si aquella barrera tiene el efecto de impedir que los privados puedan ingresar a aquel mercado y que, además, no exista la opción para los agentes económicos de desarrollar sus actividades económicas en otros ámbitos igual de significativos. Para ello, debemos partir del significado económico de mercado. Kresalja lo expone de la siguiente manera:

Mercado, al igual que competencia, es un término extraído de la ciencia económica. Se utiliza, generalmente, como lugar de encuentro entre la oferta y la demanda respecto a una determinada mercancía o servicio, lugar en el cual los consumidores se hacen clientes, esporádicos o permanentes, de algún vendedor de mercancías o de servicios. Fikentscher, refiriéndose a los criterios determinantes de la existencia de un mercado, señala, citado por Font Galan que, un mercado se delimita a través de tres determinantes: un bien, un espacio y un tiempo. Estas tres dimensiones están entre sí unidas por una relación recíproca, de modo que el bien se

del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio" En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* Vol. 1, N° 1. 2005. p. 160.

determina a través del tiempo, y el tiempo a través del bien y del espacio (...) y la relación entre las tres dimensiones se califica como interdependencia o interrelación de las determinantes del mercado (...). Por cierto, hay otras definiciones de lo que debe entenderse por mercado. Tomemos, por ejemplo, lo señalado por Duque: (...) el espacio social en que se encuentran demandantes y productores de los bienes y servicios, donde éstos son valorados equitativamente en concurrencia con los otros productores. (...).¹¹⁰

En ese sentido, el análisis que haremos deberá concentrarse en el espacio en que se entrecruzan los bienes/servicios, el espacio y el tiempo. Esto lo podremos ver con mayor detalle al momento de realizar el análisis específico, de si el Registro Nacional de Proveedores representa una barrera burocrática para los proveedores de bienes y servicios.

3.2.3 Barreas Burocráticas según el Tribunal Constitucional del Perú

Un primer caso para la materia objeto del presente trabajo de investigación, es la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0041-2004-AI/TC-Lima del 2004.¹¹¹ En aquella oportunidad, nuestro máximo tribunal tuvo que analizar la constitucionalidad de una serie de ordenanzas emitidas por la Municipalidad de Santiago de Surco que regulaban materia tributaria municipal. El caso –entre otros puntos– llevó a que se argumentara que, aquellas ordenanzas, constituían barreras

¹¹⁰ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo "Perú: Consideraciones Constitucionales y Legales sobre la Competencia Económica" En: *Revista Constitucional* Año XII, N° 12. 2007. pp. 42-43.

¹¹¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 0041-2004-AI/TC del 11 de noviembre de 2004.

burocráticas de ingreso al mercado pues, si bien la medida incorporada en la norma estaba en, “(...) *conformidad con la aceptación del uso, tamaño y ubicación del predio como parámetros referenciales válidos, (...) no [lo estaba] con el criterio valor del predio.*”¹¹² Si bien el Tribunal Constitucional no ahondó en los elementos legales que conforman las barreras burocráticas, si llega a analizar el concepto de razonabilidad de la imposición de los tributos (el cual se hace en contexto de la medida como barrera burocrática). En ese sentido, nuestro máximo tribunal señala que para la validez del cobro, desde el requisito de razonabilidad, se requiere una conexión lógica entre la naturaleza del servicio con el grado de intensidad del uso¹¹³; es decir, debe existir una relación entre la medida gubernamental y el objetivo que trata de lograrse. Señala el Tribunal Constitucional, que: “*un criterio será válido y por tanto aplicable, si se tiene en cuenta su conexión lógica con la naturaleza del servicio*”¹¹⁴; llevado esto a las barreras burocráticas, tendremos que la misma será válida (en este nivel de análisis), si las medidas se relacionan lógicamente con el objetivo de la disposición.

El siguiente caso de interés para esta investigación lo encontramos en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00014-2009-PI/TC-Lima del 2010.¹¹⁵ El caso en mención hace referencia al recurso de inconstitucionalidad presentada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, contra el Congreso de la República, el cual cuestionó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley N° 28996, norma que modificó el artículo 48 de la Ley N° 27444. Aunque en el presente caso no se analiza la constitucionalidad de una decisión gubernamental vinculada a la licitud/razonabilidad de una barrera burocrática, el Tribunal Constitucional si daría cuenta de la estructura básica del ordenamiento administrativo y su relación con las barreras burocráticas, en tanto el artículo 3 de la Ley N° 28996 otorgaba ciertas atribuciones a la CEBB.

¹¹² Idem., Para. 27-28.

¹¹³ Idem., Para. 41.

¹¹⁴ Idem.,

¹¹⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 00014-2009-PI/TC-Lima ... op. cit., Nota: 98.

Nuestro máximo tribunal desarrolló tres conceptos de importancia, especialmente para entender los fines que las barreras burocráticas pueden perseguir legítimamente, y que han sido establecidos en categorías conceptuales abstractas como son la economía social de mercado, el orden y el interés público. El Tribunal Constitucional haría referencia a la economía social de mercado, señalando que un elemento esencial del mismo, es la libre competencia. Agrega nuestro máximo tribunal: *“así, en este sistema, el Estado facilita y vigila la libre competencia. El artículo 61 de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio y monopólicas a efectos de garantizar no solo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios.”*¹¹⁶

Como parte de aquel análisis, el Tribunal Constitucional añade que el Principio de la Libre Competencia es manifestación del *orden público económico*. Esto implica que esta última noción abarca a la primera y, en principio, incluye otra serie de principios de la constitución económica que se encuentra consagrada en nuestra carta fundamental. Sin duda, aquel término es lo suficientemente amplio para permitir una determinación valorativa de la misma, cumpliendo la función de permitirle a la administración la imposición de normas limitadoras como habilitadoras.¹¹⁷ Desde el punto de vista habilitador, aquel concepto, *“(...) está integrado por el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, marco que implica la existencia de unos principios básicos del orden económico y una serie de objetivos de carácter económico cuya exigencia implica la adopción de medidas de política económica para*

¹¹⁶ Idem., Para. 7.

¹¹⁷ El Tribunal Constitucional indica: *“Tal término debe comprenderse como aquel que designa los “principios organizadores de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa.” [...] designa el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado. De ahí que este concepto sea, igual que lo es el de “orden público”, un concepto valorativo en el sentido de que implica una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas”*. Idem., Para. 8.

la protección de determinados bienes jurídicos o intereses sociales."¹¹⁸ Respecto al punto de vista limitador, Kresalja ha indicado adecuadamente:

“El orden público económico es un concepto que opera, en la práctica, como un título habilitante que legitima las intervenciones limitadoras de la administración, y que sirve de fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones. Frecuentemente, se lo ha utilizado para restringir el ejercicio de la libertad de empresa, esto es, afectando a las voluntades de los operadores económicos mediante la restricción de sus decisiones y acuerdos, y constituyendo una limitación a la autoridad de la voluntad, pero no respondiendo a una idea preconcebida de lo que, en cada momento, pueda entender la administración por un buen funcionamiento del sistema económico, sino más bien, a una limitación que se deriva de lo establecido en la Constitución y en las leyes”.¹¹⁹

Por tanto, el orden público económico, "*(...) no es otra cosa que una cláusula de reserva que permite recoger todos aquellos actos contrarios al sistema económico constitucionalizado.*"¹²⁰

Finalmente, nuestro máximo tribunal añade que, respecto al concepto de *unidad del mercado*, este hace referencia al conjunto de conceptos básicos,

¹¹⁸ DOLORIER TORRES, Javier "Orden Público Económico, Orden Público Laboral y los Límites a la Autonomía Colectiva" En: *Themis* N° 27-28. 1994. p. 208.

¹¹⁹ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo "Perú: Consideraciones Constitucionales y Legales sobre la Competencia Económica" En: *Revista Pensamiento Constitucional* Vol. 12, N° 12. 2007. p. 29.

¹²⁰ *Idem.*, p. 30.

incorporados en la Constitución nacional, que regulan el ejercicio de las libertades patrimoniales que garantizan el modelo de la economía social de mercado.¹²¹

CAPÍTULO IV: EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES COMO BARRERA BUROCRÁTICA

4.1 Detalles sobre el Registro Nacional de Proveedores y su Funcionamiento en el caso de los Proveedores de Bienes y Servicios

Como ya se ha mencionado, el RNP se encuentra regulado tanto por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF. Según dispone el artículo 46 de la Ley N° 30225, el registro tiene por objeto, registrar y mantener actualizada la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones con el Estado.¹²² Esto constituye la descripción generales del RNP (para los diferentes tipos de registros, como es el de proveedor de bienes y servicios, ejecutores de obras, entre otros). Ahora bien, tal y como dispone la misma norma, el Reglamento será el que establecerá la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro.¹²³ De una lectura sistemática de la Ley N° 30225 y su Reglamento, puede concluirse que el RNP tiene por finalidad establecer un almacenamiento de información sobre los proveedores que pretenden ingresar en los procesos de contratación o selección con el Estado. La lógica detrás de su implementación es

¹²¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 00014-2009-PI/TC-Lima ... op. cit., Para. 9. Nota: 98. El Tribunal Constitucional indica: *“Por su parte, al interior del Estado deben existir algunos conceptos básicos a partir de los cuales se regule el ejercicio de las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico de la economía social de mercado. Tales conceptos básicos se encuentran indudablemente en la propia Constitución y conforman la unidad del mercado. Al respecto se ha dicho que sería difícil comprender el funcionamiento de una economía de mercado en un país en el que no exista una aplicación uniforme que regule la actividad económica, es decir, “sin trabas administrativas diferenciadas en el territorio”.*

¹²² Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 2014. Artículo 46.

¹²³ Idem.,

centralizar la información básica de los actores antes mencionados, para hacerla disponible a las diferentes entidades estatales que inician procesos de contratación y/o selección. Esto implica que, los postores no requerirán presentar para cada contratación (con una entidad estatal) la información previamente entregada e incorporada al RNP. Los beneficios para los postores, según indica el mismo, es: *“estar acreditados para ser participantes, postores y/o contratistas, en todos los procesos de selección que convoquen las entidades del Estado, permitiéndoles participar en los procesos y suscribir contratos. (...) Acceso a la Guía Comercial, en la que puede identificar a los proveedores que se encuentran inscritos en el RNP y domicilian en su región o localidad. Conocer los antecedentes de las empresas con la que compiten, tales como los contratos suscritos con entidades públicas y datos empresariales necesarios para la transparencia de los procesos de selección (...). La documentación que presenten ante el RNP, no podrá ser exigida por las bases en ningún proceso de selección. (...).”*¹²⁴

Según el mismo OSCE, los beneficios del RNP para el Estado incluyen: *“otorgar confianza al Estado, al contar con información actualizada de los proveedores que participen en los procesos de selección. (...) Contar con información detallada de los potenciales proveedores clasificados por rubros, actividad y ubicación. Las diferentes entidades podrán validar la información del proveedor en línea, respecto a las constancias emitidas por el OSCE. Cuando una Entidad pública deba contratar con un proveedor, obtendrá información confiable de dicho proveedor, a la que podrá acceder a través de la página web del RNP (...).”*¹²⁵ Ahora bien, según el artículo 238 del Reglamento de la Ley N° 30225, son requisitos generales para la inscripción en el RNP, que el objeto social, los fines y/o actividades de los proveedores correspondan a la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y/o ejecución de obras descritas en el proceso de contratación; estar inscrita en los Registros Públicos y, para el caso de las empresas, las mismas deben estar constituidas

¹²⁴ OSCE. Curso Compras Estatales Eficientes. Capítulo 2 del Módulo 5. Registro Nacional de Proveedores y Catalogación. (Miguel Ángel Llerena y David Prada) p. 6. Disponible en: [http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/cap2_m5\(1\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/cap2_m5(1).pdf).

¹²⁵ Idem., p. 7.

según las leyes estatales.¹²⁶ Complementando estos requisitos generales, para el caso de consultores y ejecutores de obras, ellos deberán tener solvencia económica, lo cual se determina con la evaluación de su información financiera y contable para lo cual se aplicarán los ratios de medición de solvencia aprobados para tal efecto. De igual forma, en aquellos casos habrá un análisis referido a sus capacidades técnicas, la cual se acreditará con la experiencia como consultor de obras o ejecutor de obras según corresponda.¹²⁷

Ahora, tal y como indica el artículo 237 de la norma en mención, la información brindada al RNP debe ser actualizada. Para ello, los proveedores registrados en el RNP están obligados a mantener actualizada su información, conforme se indica en la directiva aplicable. Además, según señala la misma provisión, los proveedores están obligados a comunicar al RNP la variación de cierta información, la misma que incluye: domicilio, denominación social, transformación societaria, representante legal, apoderados, socios, accionistas, órganos de administración, capital social o patrimonio, distribución de acciones, participaciones y aportes. La comunicación debe efectuarse dentro de los 10 primeros días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación; en caso se advierta el incumplimiento de la obligación anterior, el RNP cancelará la vigencia de la inscripción o renovación del proveedor.¹²⁸ Finalmente, según indica el artículo 234 de la misma norma, los proveedores accederán al RNP según lo indicado en el Reglamento, como en la directiva pertinente que apruebe el OSCE.

Teniendo en cuenta todo lo indicado previamente, llegamos a una conclusión fundamental: el RNP cumple una función de revisión y garantía sobre las cualidades técnicas/económicas de los proveedores, pero solo para el caso de los consultores y ejecutores de obras, mas no para el caso de proveedores de bienes y servicios. Esto se hace evidente cuando se da revisión a las directivas pertinentes. Así, el OSCE ha aprobado directivas diferenciadas para el caso de proveedores de bienes y servicios y

¹²⁶ Reglamento de la Ley N° 30225 ... op. cit., Artículo 238.

¹²⁷ Idem.,

¹²⁸ Ídem.,

para el caso de consultores y ejecutores de obras. Por ejemplo, en la Directiva aprobada mediante Resolución N° 023-2016-OSCE/PRE (Procedimiento para la Inscripción, Renovación de Inscripción, Aumento de Capacidad Máxima de Contratación, Ampliación de Especialidad y Categorías e Inscripción de Subcontratos de Ejecutores y Consultores de Obra en el Registro Nacional de Proveedores)¹²⁹, se establece una serie de pasos para que los consultores y/o ejecutores de obras obtengan su registro en el RNP; entre los pasos más importantes que el OSCE realizará, encontramos la evaluación legal del proveedor; al respecto, el Punto 7.1.1. de la directiva indica que aquella evaluación *"consiste en la evaluación de la capacidad legal del proveedor para contratar con el Estado (...) así como, la verificación de la información declarada en el formulario respecto de su conformación jurídica (...)."*¹³⁰ En lo que respecta a las personas jurídicas, la directriz establece que el RNP hará uso de información en línea de la página web de SUNARP con el fin de evaluar la información suministrada. Para ello, el proveedor deberá contar con información actualizada inscrita en Registros Públicos, en donde deberá detallarse información sobre los socios, participacioncitas, capital social suscrito y pagado, entre otra información. En caso de no encontrarse la información por esa vía, el RNP requerirá la presentación de la partida registral actualizada para verificar la fecha de nombramiento de los órganos de administración y la fecha de transferencia de participaciones. Adicionalmente, en lo referido a la verificación contable del consultor y ejecutor de obras, la directriz establece en su Punto 7.1.2., que se hará un análisis que comprenderá la evaluación según las ratios de medición de solvencia y calificación de la central de riesgos de la SBS y AFP. El procedimiento de evaluación de la solvencia económica presentará una serie de pasos en donde se verificarán desde el reporte de calificación de la central de riesgos de la SBS y AFP, hasta los libros y registros contables, declaraciones y/o reportes de SUNAT, actas, testimonios, cronograma de pagos, entre otra información. Respecto a la evaluación técnica que el RNP llevará a cabo, el mismo tendrá en cuenta el cumplimiento de lo establecida en la normativa

¹²⁹ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Resolución N° 023-2016-OSCE/PRE por la que se aprueba la Directiva N° 016-2016-OSCE/CD (Procedimiento para la Inscripción, Renovación de Inscripción, Aumento de Capacidad Máxima de Contratación, Ampliación de Especialidad y Categorías e Inscripción de Subcontratos de Ejecutores y Consultores de Obra en el Registro Nacional de Proveedores) del 22 de julio de 2016.

¹³⁰ Idem., Punto 7.1.1.

para la acreditación de la experiencia, la asignación de la capacidad máxima de contratación y de especialidades y categorías, lo cual considerará ciertos elementos, incluyendo la capacidad máxima de contratación, la determinación de la capacidad máxima de contratación en inscripción como ejecutor de obras; determinación de la capacidad máxima de contratación en renovación de inscripción como ejecutor de obras; determinación de la capacidad máxima de contratación para trámites de aumento, entre otros.¹³¹

En contraste con lo indicado arriba, para los proveedores de bienes y servicios, el RNP presenta una naturaleza simplificada, en donde prima la aprobación automática.

Al respecto, la directriz aplicable a los proveedores de bienes y servicios, aprobada mediante Resolución N° 022-2016-OSCE/PRE (Procedimiento para la Inscripción y Renovación de Inscripción de Proveedores de Bienes y Servicios en el Registro Nacional de Proveedores), señala en su Punto 6.1., literal c), que, "*(p)ara el caso de las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas, el objeto social, los fines y/o actividades deben corresponder a la provisión de bienes y/o servicios, según corresponda, y estar inscritas en Registros Públicos o entidad equivalente de su lugar de origen, o expedidas por autoridad competente.*"¹³²

La directriz, deja constancia que, en el caso de proveedores de bienes y servicios, la información que debe presentarse al RNP y su constatación es ostensiblemente más reducida que la información que debe presentarse para el caso de la inscripción de consultores y ejecutores de obra en el RNP. El principal requerimiento se refiere a que el proveedor debe tener por objeto social los fines y/o actividades correspondientes a la provisión de bienes y/o servicios objeto del proceso. Lo expeditivo del procedimiento queda constatado con lo indicado en la directiva, al establecer que: "*la constancia de inscripción en el RNP es el documento que acredita*

¹³¹ Idem.,

¹³² Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Resolución N° 022-2016-OSCE/PRE por la que se aprueba la Directiva N° 015-2016-OSCE/CD (Procedimiento para la Inscripción y Renovación de Inscripción de Proveedores de Bienes y Servicios en el Registro Nacional de Proveedores) del 11 de enero de 2016. Punto 6.1.

que el proveedor se encuentra inscrito en el RNP (...). La constancia es obtenida vía web y puede ser impresa al día siguiente de la aprobación automática del procedimiento (...).”¹³³ Como queda claro, la única comprobación que efectuará el OSCE en este caso, es la verificación del cumplimiento de los requisitos del TUPA del OSCE en lo concerniente a la inscripción al RNP. Esto queda confirmado en la directriz en mención, al indicar, “cuando el RNP, luego de verificar que el proveedor cumplió los requisitos establecidos en el TUPA, realiza la recepción vía web del formulario electrónico, en el caso de proveedores nacionales y extranjeros domiciliados (sucursal) (...).”¹³⁴

4.2 Análisis del Registro Nacional de Proveedores como Barrera Burocrática en el Caso de Proveedores de Bienes y Servicios

Habiendo señalado las particularidades del RNP para el caso de los proveedores de bienes y servicios, comprobaremos si el mismo puede ser calificado como una barrera burocrática a ser eliminada en el orden legal. Para ello, utilizaremos el método de análisis que ha desarrollado la CEBB y que ha sido confirmada por el Tribunal del INDECOPI.

Para ello, debemos preguntarnos: ¿Cuáles son los posibles problemas generados por la normativa que regula al RNP en lo referido a proveedores de bienes y servicios? Los potenciales problemas que encontramos en la actual legislación del RNP, pueden dividirse en dos:

i) Problemas para los proveedores que no logran obtener su inscripción en el RNP, los mismos que –como consecuencia de aquello– están imposibilitados de contratar con el Estado. Consideremos que esto constituye una potencial barrera burocrática, por cuanto la consecuencia de la no inscripción del RNP

¹³³ Idem., Punto 6.1.

¹³⁴ Idem.,

es la imposibilidad del particular de ser parte del proceso de contratación con el Estado en lugar de tener que cumplir los requisitos ante la entidad convocante, para lo cual tendría que asumir los plazos de verificación que tendría que efectuar dicha entidad con la OSCE.

ii) Problemas vinculados a la renovación y actualización del registro previamente obtenido; en este caso, el problema radica en que, para algunas empresas, los procesos de contrataciones con el Estado son constantes, en ese sentido, la renovación –que es una obligación anual– y la actualización del RNP –que es aplicable por diferentes circunstancias– pueden aparecer durante un proceso de selección o en un momento inmediatamente previo al inicio de un proceso de selección. Al respecto, tengamos en cuenta el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, el cual indica que los proveedores registrados en el RNP se encuentran obligados a mantener actualizada su información; por tanto, los proveedores tendrán la obligación de comunicar al RNP la variación de cierta información (incluyendo –entre otros– su domicilio, razón social, transformación societaria, representante legal, socios accionistas, capital social o patrimonio). En relación a la obligación de la actualización, la comunicación debe realizarse los 10 primeros días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación, siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos en el TUPA respectivo.¹³⁵

Por su parte, el artículo 234 de la misma norma, señala que la “(...) inscripción en el RNP tiene una vigencia de (1) año a partir del día siguiente de su aprobación, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación dentro de los sesenta (60 días) calendario anteriores a su vencimiento.”¹³⁶ Como bien se indica en la directriz aplicable a los proveedores de bienes y servicios, el mismo día de la presentación de la solicitud de inscripción, el RNP verifica que el proveedor cumpla con los requisitos establecidos en el TUPA. En caso el proveedor no cumpla con los requisitos establecidos en el TUPA, el RNP formula por única vez las observaciones a la solicitud a través de una comunicación electrónica, otorgando un plazo de dos días

¹³⁵ Reglamento de la Ley N° 30225 ... op. cit., Artículo 237.

¹³⁶ Idem., Artículo 234.

hábiles para la subsanación.¹³⁷ Y agrega que, “*el mismo día de la presentación de la subsanación de las observaciones en la sede central del OSCE, el RNP verifica si la subsanación presentada es conforme (...) en caso el proveedor no presente la subsanación de las observaciones dentro del plazo estipulado o el RNP considere que la subsanación presentada no es conforme, la solicitud se tiene por no presentada.*”¹³⁸ Esto último es aplicable tanto para el procedimiento de inscripción en el RNP, como para el procedimiento de renovación.

Ahora bien, tanto para el escenario (i), como para el (ii), arriba indicado, debe tenerse en cuenta que el TUPA del OSCE establece –entre otros–, los siguientes requisitos para la inscripción/renovación en el RNP (Inscripción o Renovación de Proveedores de Bienes y Servicios Nacionales y Extranjeros Domiciliados): a) La persona jurídica debe mantener actualizada la información respecto de la conformación jurídica de la empresa ante Registros Públicos. En caso no sea posible acceder a la información registral mediante el portal web de SUNARP, la Subdirección de Operaciones Registrales solicitará la copia de la partida registral actualizada. b) El representante legal o, de ser el caso, el apoderado debe contar con facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas, e inscritas en Registros Públicos del Perú. De no ser posible el acceso a la información registral mediante el portal web de SUNARP, la Subdirección de Operaciones Registrales solicitará la copia de la partida registral actualizada. c) La persona jurídica extranjera domiciliada (sucursal en Perú), debe figurar registrada ante Registros Públicos. En caso no sea posible acceder a la información registral mediante el portal web de SUNARP, la Subdirección de Operaciones Registrales solicitará la copia de la partida registral actualizada.¹³⁹

¹³⁷ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Directiva N° 015-2016-OSCE/CD ... op. cit., Punto 7.2.1.

¹³⁸ Idem.,

¹³⁹ Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSCE. TUPA 2016 aprobado mediante Decreto Supremo N° 191-2016-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de julio de 2016. Ítem 45 - Inscripción o Renovación de Proveedores de Bienes y Servicios Nacionales y Extranjeros Domiciliados.

Tal y como indica la directriz aplicable: *"en caso el proveedor no cumpla con los requisitos establecidos en el TUPA, el RNP formula por única vez las observaciones a la solicitud a través de una comunicación electrónica, otorgándole un plazo de dos (2) días hábiles para la subsanación (...)"*.¹⁴⁰ Esto implica que, si bien la aprobación del registro de proveedores de bienes y servicios es automática, existe una verificación sobre un número de documentación a presentar, que puede ser observado por la autoridad; y, en caso este realice observaciones al mismo y no considere levantada las observaciones (según sus criterios), la solicitud se tiene por no presentada y, como consecuencia, el proveedor no podrá contratar con el Estado. En ese sentido, aunque la Ley N° 30225 establece en su artículo 46.1 que, *"en ningún caso el Registro Nacional de Proveedores (RNP) constituye una barrera de acceso para contratar con el Estado"*¹⁴¹, lo cierto es que el mismo, en los hechos, si puede limitar el acceso de un proveedor al mercado.

Por consiguiente, en las siguientes líneas, verificaremos si el RNP, en lo referido a los proveedores de bienes y servicios, puede constituir –en determinadas circunstancias– una barrera burocrática que debe ser eliminada del ordenamiento. Para ello, seguiremos las pautas establecidas por la CEBB relativas a verificar la legitimidad o no de una barrera de entrada y/o permanencia. Por consiguiente, debemos preguntarnos:

a) *¿Son las medidas cuestionadas competencia de la CEBB?*

Debe iniciarse indicando que, para que una medida sea objeto de revisión por parte de la CEBB, la medida administrativa debe haber sido establecida como pasible de revisión por aquella. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo indicado por el artículo 6.1. de la LPEBB, el cual indica que la CEBB es competente para conocer los actos y disposiciones, así como cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional. Esto implica que

¹⁴⁰ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Directiva N° 015-2016-OSCE/CD ... op. cit., Punto 7.2.1.

¹⁴¹ Ley N° 30225 ... op. cit., Artículo 46.1.

toda disposición infra-legal es objeto de revisión por parte de la CEBB si la misma impone una barrera burocrática. Y, para esclarecer qué actos y disposiciones (así como cualquier otra actuación del Estado cae dentro de las competencias de la CEBB), el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1256 da ciertos detalles. La norma en mención, indica que tratándose de procedimientos iniciados de oficio, INDECOPI podrá interponer demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos u otras normas de inferior jerarquía que contengan barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad, a fin de lograr su derogación o nulidad y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra las barreras burocráticas que pudiesen estar incluidas en normas municipales y regionales.

Teniendo en cuenta lo antes indicado, podemos concluir que no es parte de las competencias de la CEBB (y, por tanto, no puede ser declarada como barreras burocráticas a ser eliminada por el INDECOPI), el primer problema identificado (líneas arriba), referido a que los proveedores que no cuentan con su inscripción en el RNP quedan imposibilitados de contratar con el Estado. Y es que, aquella situación, se encuentra dispuesta en la Ley N° 30225 y su Reglamento. El Tribunal del INDECOPI ya ha dejado un precedente en la materia, al analizar la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal consistente en pagar el 9% de la Remuneración Mínima Vital por cada trabajador portuario, señalando que: *“(...) la Comisión, y esta Sala en segunda instancia, resultan competentes únicamente para conocer de los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que generen barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. Considerando que la aplicación de la exigencia de pagar el 9% de la RMV por afiliación a ESSALUD (...) ha sido establecida expresamente por una norma con rango legal, y no por una disposición de la Administración Pública, la Comisión carecería de competencia para evaluar la presunta barrera burocrática denunciada, en aplicación del principio de legalidad.”*¹⁴²

¹⁴² Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución 0520-2011/SC1-INDECOPI (Exp. N° 000089-2010/CEB-INDECOPI). Para. 13-14.

¿Implica ello que las diferentes obligaciones relacionadas al RNP no pueden ser objeto de revisión por parte de la CEBB o del Tribunal de INDECOPI? ¿Está toda materia del RNP fuera del alcance de la CEBB? La respuesta a estas preguntas debe ser negativa. Ejemplo de ello es que la organización supervisora de la contratación del Estado, en su momento (CONSUCODE), fue denunciada ante la CEBB por Ricota Catering S.A.C. al considerar la última que la tasa exigida para la renovación de su inscripción en el RNP constituía una barrera ilegal, pues el monto había sido determinado en función a sus ventas anuales brutas sin acreditar que esta tasa guardara relación al costo que le generaba a CONSUCODE tramitar dicho procedimiento administrativo. El fallo del Tribunal de INDECOPI le daría la razón al denunciante y, por tanto, se declararía como barrera burocrática la imposición de aquella tasa.¹⁴³

En ese sentido, ciertas disposiciones relacionadas al RNP sí pueden ser objeto de declaración como barreras burocráticas ilegales y/o no razonables y, por ende, pueden ser anuladas en el caso concreto. Para ello, como ya hemos indicado, la disposición cuestionada debe ser una disposición pasible de ser analizada por la CEBB; y –como ya se ha indicado– las disposiciones objeto de revisión por la CEBB excluyen a las incluidas en normatividad con rango de ley. Siendo ello así, no es posible cuestionar en abstracto la exigencia establecida en la Ley N° 30225 y su Reglamento relativo a que los proveedores de bienes y servicios, requieren encontrarse registrados en el RNP para contratar con el Estado.

Sin embargo, las exigencias relativas a la renovación y actualización del RNP (y las consecuencias de su incumplimiento) que hemos cuestionado líneas arriba han sido establecidas en el Reglamento de la Ley N° 30225. Al respecto, recordemos que la Ley N° 30225 indica que: “*el Reglamento establece la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro.*”¹⁴⁴ En ese sentido, fue el

¹⁴³ Véase: CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús y PUELL ORTIZ, Melina "Si Te Vi, No Me Acuerdo. Análisis de la Jurisprudencia del INDECOPI sobre la Declaración de Barrera Burocrática Ilegal a las Tasas del RNP" En: Gestión Pública y Desarrollo Septiembre 2009. Disponible en: http://mail.peruserver.com/gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2009/compest_09_6.pdf.

¹⁴⁴ Ley N° 30225 ... op. cit., Artículo 46.1.

Reglamento de la Ley N° 30225, la que reguló el procedimiento de renovación y actualización del registro en el RNP y, en especial, la consecuencia de no realizar la actualización adecuadamente. En ese sentido, el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225 indica que los proveedores están obligados a comunicar al RNP la variación de una serie de circunstancias dentro de los 10 días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación. Como la disposición indica, si luego de transcurrido el plazo y, antes de que se realice la regulación, se advierte el incumplimiento por parte del proveedor, el RNP cancela la vigencia de la inscripción o renovación como proveedor del Estado. Es este extremo de la disposición que creemos podría representar una barrera burocrática, al constituir una carga desproporcional para el proveedor y, por ser el efecto de su incumplimiento, una limitación no razonable. En ese sentido, sostenemos que ese extremo debe ser inaplicable por la CEBB. Ahora bien, esta disposición, sí puede ser revisada por la CEBB, en tanto sea parte de una disposición aprobada, mediante decreto supremo.

De igual forma, consideramos cuestionable lo indicado en la directriz aprobada para el caso de los proveedores de bienes y servicios, específicamente, en la sección relativa a la consecuencia de la observación de la solicitud de inscripción y/o renovación, cuando la misma no ha sido considerada levantada por la autoridad. Como indica la directriz en mención, "*cuando el proveedor no presente la subsanación de las observaciones dentro del plazo estipulado o que el RNP considere que la subsanación presentada no es conforme.*"¹⁴⁵; la solicitud será considerada como no presentada. En este caso, encontramos que la disposición deja a la total discrecionalidad de la entidad gubernamental, determinar cumplido o no los requisitos establecidos en el TUPA del OSCE y establece una consecuencia desproporcional al no considerar una alternativa. Como hemos indicado previamente, algunos de aquellos requisitos incluyen presentar información sobre la conformación de la empresa ante registros, incluyendo, información sobre los representantes legales, apoderados con representación ante entidades, entre otros puntos. Como queda claro, los requisitos del TUPA deben considerarse cumplidos con la presentación de la documentación de registros, no siendo objeto de mayor observación cuando el mismo ha sido expedido

¹⁴⁵ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Directiva N° 015-2016-OSCE/CD ... op. cit., Punto 6.4., literal i).

por una autoridad competente, como la SUNARP, sin embargo, queda el riesgo de que ante una observación (fundamentada o no), la inscripción o renovación quede observada y que el levantamiento de la observación no sea aceptado según la discrecionalidad del RNP. Esta obligación sí puede ser objeto de revisión por parte de la CEBB al haber sido aprobada mediante una resolución del OSCE.

En ese sentido, consideramos como posibles barreras burocráticas tanto: i) Lo dispuesto en el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, como, ii) Lo indicado por la directriz de proveedores de bienes y servicios, relativos al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45).

b) ¿La medida cuestionada ha sido emitida en base a una norma habilitante y, en ese sentido, ha sido lícitamente dictada?

En relación a: i) Lo dispuesto en el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, como hemos indicado previamente, la Ley N° 30225 establece en su artículo 46.1, que: *“el Reglamento establece la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro.”*¹⁴⁶ Dando revisión a lo establecido en el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, no se observa una violación al Principio de Legalidad Administrativa y tampoco una vulneración a lo indicado en la Ley N° 27444 – LPAG.

En lo concerniente a lo indicado por la directriz de proveedores de bienes y servicios, relativo al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), tampoco encontramos una contradicción con alguna norma; al respecto, debe recordarse que el Reglamento de la Ley N° 30225, indica en su artículo 234 que, *“los proveedores acceden al RNP de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento y la Directiva que para estos efectos apruebe OSCE.”*¹⁴⁷ Y aquella disposición se encuentra en línea con lo indicado en el literal f) del artículo 52 de la Ley N° 30225, el mismo que dispone que el OSCE tienen entre sus funciones el emitir Directivas en las

¹⁴⁶ Ley N° 30225 ... op. cit., Artículo 46.1.

¹⁴⁷ Idem., Artículo 234.

materias de su competencia; y con el artículo 67 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OSCE¹⁴⁸ el cual dispone como función de la Dirección Técnico Normativa el elaborar directivas de alcance general en materia de contrataciones del Estado. De igual forma, lo indicado en la directriz y, que es objeto de crítica en la presente investigación, se encuentra en línea con lo establecido en la Ley N° 27444 – LPAG, el mismo que establece en su artículo 125, que todos los formularios o escritos presentados deberán ser recibidos, aun si los mismos incumplieran con los requisitos establecidos en la ley y que no estén acompañados de los recaudos correspondientes. En aquel caso, la norma dispone que la autoridad en un solo acto y por única vez realizará las observaciones por incumplimiento, invitando al administrado a subsanarlas en un plazo de dos días hábiles; transcurrido el plazo y sin que el administrado hubiese subsanado lo identificado por la administración, la entidad considerará como no presentada la solicitud o formulario.¹⁴⁹

Por consiguiente, ambas potenciales barreras burocráticas no pueden ser consideradas ilegales, teniendo en cuenta el marco legal vigente.

¹⁴⁸ Decreto Supremo N° 076-2016-EF, Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Artículo 48.

¹⁴⁹ La disposición mencionada, indica expresamente: “125.1 Deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles. 125.2 La observación debe anotarse bajo firma del receptor en la solicitud y en la copia que conservará el administrado, con las alegaciones respectivas si las hubiere, indicando que, si así no lo hiciera, se tendrá por no presentada su petición. 125.3 Mientras esté pendiente la subsanación, son aplicables las siguientes reglas: 125.3.1 No procede el cómputo de plazos para que opere el silencio administrativo, ni para la presentación de la solicitud o el recurso. 125.3.2 No procede la aprobación automática del procedimiento administrativo, de ser el caso. 125.3.3 La unidad no cursa la solicitud o el formulario a la dependencia competente para sus actuaciones en el procedimiento. 125.4 Transcurrido el plazo sin que ocurra la subsanación, la entidad considera como no presentada la solicitud o formulario y la devuelve con sus recaudos cuando el interesado se apersona a reclamarles, reembolsándole el monto de los derechos de tramitación que hubiese abonado. 125.5 Si la documentación presentada no se ajusta a lo requerido impidiendo la continuación del procedimiento, lo cual por su naturaleza no pudo ser advertido por la unidad de recepción al momento de su presentación, así como si resultara necesaria una actuación del administrado para continuar con el procedimiento, la Administración, por única vez, deberá emplazar inmediatamente al administrado, a fin de que realice la subsanación correspondiente. Mientras esté pendiente dicha subsanación son aplicables las reglas establecidas en los numerales 125.3.1 y 125.3.2. De no subsanar oportunamente lo requerido resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 191.”

c) *¿Las medidas, aun cuando hubiesen sido emitidas lícitamente, cumplen con los fines de proteger el interés, orden y/o moral público?*

En relación a lo dispuesto por el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, consideramos que su finalidad es legítima, pues la variación de ciertas circunstancias de los proveedores, como es el cambio de razón social, transformación societaria, representante legal, capital social o patrimonio, es relevante para el aseguramiento del cumplimiento de los contratos, que habrán de ser suscritos con el Estado. La exposición de motivos del Reglamento de la Ley N° 30225, clarifica la finalidad del sistema establecido por la Ley N° 30225, al indicar que: *“a fin de dotar de herramientas al OSCE para que se verifique el efectivo cumplimiento del procedimiento de actualización de datos en el RNP y este pueda suministrar información actualizada que además será difundida en la Relación de Sancionados a que se refiere el artículo 50.6 de la Ley, el Reglamento contempla que si luego de transcurrido el plazo de diez (10) días para la actualización de datos y antes de que se realice la regularización, se advirtiera (...) el incumplimiento (...) el RNP cancelará la vigencia de la inscripción o renovación de inscripción como proveedor del Estado.”*¹⁵⁰ Como es claro, tener aquella información constituye un paso esencial para asegurar que la contratación sea efectuada con un proveedor capaz de cumplir con su obligación, evitándose tener que resolver contratos. En lo que respecta a la directriz de proveedores de bienes y servicios relativos al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), tenemos que la disposición también busca satisfacer el interés y orden público. Al respecto, debe tenerse presente que la inscripción o renovación en el RNP representa un procedimiento ante el OSCE que requiere tener previsibilidad y dar orden al registro; en ese sentido, el establecer las consecuencias del no levantamiento de las observaciones tiene por objeto dar por concluido un procedimiento, y en ese sentido dejar la posibilidad al contratista de iniciar nuevamente un procedimiento para su registro. Todo esto tiene como finalidad que el procedimiento ante el RNP tenga una conclusión, y que exista una agilidad y previsibilidad respecto a quienes están en el RNP, asegurando la participación de quienes están en la posibilidad real de ser proveedores a menor costo del Estado; así

¹⁵⁰ Reglamento de la Ley N° 30225. Exposición de Motivos. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Diciembre/10/EXP-DS-350-2015-EF.pdf>.

con ello, con la posibilidad de ser proveedores de bienes y servicios efectivos. Al respecto, debe recordarse que el nuevo sistema de contrataciones del Estado, dispone que: “(...) la finalidad de la norma aún vigente establece que, busca maximizar el valor del dinero del contribuyente logrando que las contrataciones que efectuó en el Sector Público se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de calidad y precio, ello, en el marco de un conjunto de principios. Por su lado, la finalidad de la nueva Ley conserva estos elementos, pero les añade otros de trascendental importancia, tales como la gestión por resultados y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.”¹⁵¹

En ese sentido, consideramos que tanto lo establecido por el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, como lo dispuesto por la directriz de proveedores de bienes y servicios relativos al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), cumplen con haber sido emitidos en concordancia con los objetivos del orden nacional, específicamente, en relación a los fines que busca garantizar el nuevo sistema de contrataciones del Estado.

d) *¿Las medidas, aun cuando buscan satisfacer el interés u orden público, han sido llevados a cabo con respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad?*

Con respecto a lo dispuesto en el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, el mismo indica que los proveedores están obligados a comunicar al RNP la variación de una serie de circunstancias dentro de los 10 días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación; al respecto, debemos tener presente los posibles escenarios que el mismo podría acarrear. Esto debe analizarse de forma concreta, pues, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional en su sentencia del Exp. N° 00025-2010-PI/TC:¹⁵²

¹⁵¹ Idem.,

¹⁵² Tribunal Constitucional del Perú. Pleno Jurisdiccional. Sentencia Exp. N° 00025-2010-PI/TC del 21 de julio de 2011. Para. 17.

“En definitiva, en cualquiera de los supuestos en que algún órgano de la Administración esté autorizado para inaplicar una norma reglamentaria por su incompatibilidad con una norma superior, **esta actividad sólo se puede realizar en un procedimiento administrativo** y, por tanto, **será consecuencia de encontrarse ejerciendo funciones administrativas. No se les ha conferido la potestad de realizar un control abstracto de normas reglamentarias, pues esta es una competencia exclusiva confiada al Poder Judicial mediante el proceso de acción popular** (art. 200.5° de la CP y artículo 85° del Código Procesal Constitucional). Precisamente por ello, el control de legalidad siempre deberá realizarse respecto de una norma reglamentaria relevante para decidir la cuestión que se debata en el procedimiento administrativo. (Énfasis agregado)”¹⁵³

En ese sentido, plantearemos un caso típico que podrá contextualizar la interrogante de si la decisión del RNP podría ser cuestionado en caso aplicara el artículo 237 sin ponderación. Al respecto, recordemos una vez más, que la disposición bajo análisis indica que, si luego de transcurrido el plazo y antes de que se realice la regularización se advierte el incumplimiento por parte del proveedor, el RNP cancela la vigencia de la inscripción o renovación como proveedor del Estado. Ahora, en el caso de que un proveedor modifique –por ejemplo– su representante legal o su patrimonio, e incumple con la comunicación dentro del plazo adecuado, pero ello se produce antes de que se efectúe alguna etapa con la entidad convocante, y en donde no ha sido necesario la intervención del representante legal, ni se haya producido una modificación patrimonial que pudiese afectar el posible aprovisionamiento a favor del Estado (si el proveedor resulta ganador del proceso de contratación), y el RNP cancela

¹⁵³ Idem., Para. 18.

su registro, entonces creemos que estaremos ante una medida desproporcionada respecto a la finalidad buscada por la normativa de las contrataciones del Estado.

Al respecto, debemos recordar lo indicado por el Tribunal del INDECOPI en su Resolución N° 182-97-TDC, en donde aquel establece que la racionalidad de una medida incluye la evaluación de, si esta se ajusta a una función de interés público y a determinar si aquellas medidas son desproporcionadas en relación a los fines que busca satisfacer.¹⁵⁴ Para ello, el denunciante debe aportar elementos de juicio razonables respecto a la existencia de una barrera burocrática irracional, que puede impedir el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, sea por un tratamiento discriminatorio, porque la medida carece de fundamentos (arbitrariedad) o porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas), generando un efecto adverso concreto.¹⁵⁵ Como contraparte, la entidad denunciada tendrá que hacer frente a la carga de la prueba, lo que incluye sustentar: a) El interés público que justifica la medida; b) Que las cargas impuestas eran adecuadas o razonables, lo que implica que la entidades debe haber evaluado la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos tendrán que soportar y los efectos de las mismas en las actividades productivas; y c) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la exigencia era una opción menos gravosa para los interesados respecto a otras opciones.¹⁵⁶

Al respecto, creemos que la medida aplicada por la OSCE carecerá de proporcionalidad si es que involucra –por ejemplo– la cancelación del RNP, porque un proveedor no realizó la comunicación de un cambio de representante legal o la modificación de su patrimonio si ello no ha impactado en el proceso de contratación de forma efectiva. De ser aplicado esto literalmente, consideramos que el acto deberá ser inaplicado por constituir un acto que representa una barrera burocrática no razonable por ser desproporcional. Al respecto, como se ha indicado, para determinar la proporcionalidad o desproporcionalidad de una medida, debe analizarse la magnitud

¹⁵⁴ Tribunal del INDECOPI. Resolución N° 182-97-TDC ... op. cit., Punto III.1.

¹⁵⁵ Idem., Punto III.4.

¹⁵⁶ Idem.,

de los costos que los agentes económicos tendrán que soportar y los efectos en las actividades productivas; así como determinar si la medida constituía la opción menos gravosa para los interesados. Sobre estos puntos, la CEBB ha tenido la oportunidad de indicar –en su Resolución N° 0295-2015/CEB) –¹⁵⁷, que la autoridad: *"(...) tienen la carga de acreditar que los beneficios para la tranquilidad pública obtenidos por la restricción horaria (...) son mayores que los costos derivados por dicha restricción. Esto puede efectuarse, ya sea a través de la presentación de un estudio, informe u otro medio probatorio similar, que permita verificar que el procedimiento de adopción de la decisión pública no ha sido arbitrario."*¹⁵⁸ En esta resolución, la CEBB analizaría la proporcionalidad de la imposición de una medida de restricción horaria por parte de una municipalidad, concluyendo que la municipalidad debe llegar a esa conclusión teniendo en cuenta algún estudio o informe. Aún más, la CEBB en el caso previamente citado agrega lo siguiente:

“Debe tenerse presente que la obligación [de que] (...) las entidades acrediten la proporcionalidad de las restricciones que imponen a los agentes económicos, no requiere necesariamente de una estricta cuantificación de los costos que involucraría las medidas administrativas. Tampoco requiere de un análisis sofisticado y detallado de la proporcionalidad, sino que se demuestre que la autoridad efectuó algún tipo de evaluación sobre el impacto negativo de la regulación a implementar sobre los agentes afectados”.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Resolución N° 0295-2015/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000067-2015/CEB) del 24 de julio de 2015.

¹⁵⁸ Idem., Para. 46.

¹⁵⁹ Idem., Para. 47.

En el caso planteado referido al artículo 237 (cuando es aplicado sin ponderación, respecto a los casos de modificación de representante legal o cambio del patrimonio del proveedor que no afecten al procedimiento de contratación con el Estado), creemos que nos encontramos ante una barrera burocrática no razonable, por ser desproporcional, pues, la autoridad tendría que cumplir con dos elementos: a) Demostrar que antes de tomar su decisión, evaluó el impacto negativo de implementar la regulación en los agentes afectados. Al respecto, recordemos lo indicado por Enrique Cavero Safra, en el sentido de que: *“en cuanto a las barreras excesivas o desproporcionadas, ellas suelen originarse en la falta de criterio técnico de la autoridad. Es común, por ejemplo, encontrar barreras que supuestamente se justifican en algún tipo de objetivo que nadie discute (...) y que, sin embargo, una vez analizadas, resultan no siendo de ayuda al objetivo y tienen, muchas veces, efectos más bien contraproducentes. Un caso frecuente es el de todo tipo de controles previos, derivados de la creencia equivocada, aunque lamentablemente muy difundida, de que la supervisión estatal soluciona problemas y garantiza derechos. Sin embargo, lo cierto es que el control previo casi siempre es inefectivo y, por el contrario, resulta generando una serie de cosques que 1) terminan siendo trasladados a los consumidores o ciudadanos que se dice proteger y 2) encarecen la entrada al mercado, especialmente para las empresas más pequeñas.”*¹⁶⁰ Y, b) Que la autoridad demuestre que aquella decisión es la opción menos gravosa. Al respecto, la CEBB ha tenido la oportunidad de indicar en su Resolución N° 0346-2013/CEB-INDECOPI¹⁶¹ lo siguiente respecto al requerimiento de la opción menos gravosa: *“esto implica acreditar que la decisión de adoptar la restricción fue el resultado de una serie de alternativas previamente planteadas que sean igualmente efectivas, de tal manera que se haya optado por la que tuviera un menor impacto y costo para los agentes que tienen la obligación de cumplirla, además de señalar las razones por las que las demás medidas fueron descartadas.”*¹⁶²

¹⁶⁰ CAVERO SAFRA, Enrique "¿Piedra en el Zapato o Piedra de Molino? Algunas Reflexiones sobre la Eliminación de Barreras Burocráticas" En: *Revista de Actualidad Mercantil* N° 4. 2015. p. 42.

¹⁶¹ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Resolución N° 0346-2013/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000098-2013/CEB) del 20 de setiembre de 2013.

¹⁶² Idem., Para. 67.

En el caso que venimos analizando, la aplicación automática y sin consideración de la cancelación del RNP de proveedores por la falta de comunicación de ciertos cambios que no han tenido relevancia en alguna etapa del proceso de contratación con el Estado, constituiría una medida desproporcional, pues antes de la aplicación de aquella consecuencia, la autoridad debe implementar medidas alternativas que aseguren que el proveedor contará con la posibilidad de prestar el servicio en caso gane el concurso público. Esto implica que, si bien el artículo el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225 establece que el RNP en caso detectase que el proveedor no ha comunicado los cambios relevantes, deberá cancelar el registro del proveedor. Aquella autoridad no puede aplicar dicha disposición automáticamente, si es que no se detecta que la falta de comunicación ha impactado en el aseguramiento del proceso de contratación con el Estado. De encontrarse en aquel supuesto, y si la autoridad detecta la variación de un elemento del proveedor sin haber sido comunicada esta, la autoridad debería requerir aquella información y establecer como límite de entrega de la información, la etapa siguiente de la contratación con el Estado. En consecuencia, el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, debe considerarse como una barrera burocrática cuando la misma sea aplicada de forma automática; específicamente por representar una limitación que no habría evaluado adecuadamente el impacto de la decisión de la cancelación del registro de un proveedor en el caso mencionado y, porque la aplicación automática del artículo 237 constituiría una decisión que no respetaría la opción menos gravosa.

Ahora bien, en lo que respecta a la directriz de proveedores de bienes y servicios, en lo relativo al incumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45) y la falta de levantamiento de posibles observaciones por parte del proveedor, debe indicarse que lo señalado líneas arriba también le es aplicable. Esta constituirá una barrera burocrática cuando el RNP considere como no presentada la solicitud de inscripción y/o renovación. Como queda claro, la situación es especialmente desproporcional en el caso de los solicitantes de una renovación, los mismos que, por lógica, ya han cumplido en un primer momento con los requisitos de inscripción y, en ciertos casos, han cumplido con sus obligaciones como contratistas con el Estado. En ese sentido, lo dispuesto, respecto a que ante una observación a la renovación de un proveedor y que la autoridad considere no levantada, se tome como no presentada la

solicitud, los costos de tiempo, previsibilidad y oportunidad son trasladados en su conjunto al proveedor. Si bien esta puede ser una consecuencia necesaria para tener claridad respecto a los proveedores que cuentan o no efectivamente con el RNP, lo cierto es que pequeñas observaciones o detalles formales pueden hacer que un proveedor, con antecedentes adecuados en contratación con el Estado, se vea excluido de un proceso. Esto constituiría una barrera burocrática por constituir una limitación no razonable por desproporcionalidad.

Tal y como hemos indicado para el caso antes analizado, el RNP debe ser capaz de: a) Demostrar que antes de emitir su directriz, evaluó el impacto negativo de implementar la regulación en los afectados. **Al respecto, debe indicarse es el RNP (OSCE) quien debe sustentar que,** aquella disposición, se fundamenta en algún estudio que ha tomado en cuenta las consecuencias de no proseguir con la renovación del proveedor que no levanta observaciones formales. b) El RNP debe ser capaz de demostrar que, antes de adoptar su directriz, aquella opción constituía la menos gravosa. Al respecto, creemos que este es el punto más criticable de la directriz, pues, la Ley N° 27444 – LPAG, dispone en su artículo 126.2. que: *“las entidades de la Administración Pública se encuentran obligadas a realizar una revisión integral del cumplimiento de todos los requisitos de las solicitudes que presentan los administrados y, en una sola oportunidad, formular todas las observaciones que correspondan.”*¹⁶³ Sin embargo, agrega que: *“sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la entidad mantiene la facultad de requerir única y exclusivamente la subsanación de aquellos requisitos que no hayan sido subsanados por el administrado o cuya subsanación no resulte satisfactoria, de conformidad con lo dispuesto por la norma correspondiente.”*¹⁶⁴

Como puede observarse, el RNP no puede argumentar que el contenido de la directriz en mención ha sido establecido así, debido a lo dispuesto en el artículo 126.2 de la LPAG, pues aquella misma provisión les otorga la posibilidad a las entidades el requerir al administrado el cumplimiento de las observaciones no levantadas. A pesar

¹⁶³ Ley N° 27444 ... op. cit., Artículo 126.2.

¹⁶⁴ Idem.,

de ello, la directriz no establece ninguna posibilidad de dar solución a la falta de levantamiento de las observaciones, por ejemplo, en el caso de una solicitud de renovación que ha sido presentado por un proveedor con un record adecuado. Para determinar la falta de proporcionalidad de una consecuencia como esta, y específicamente para proveedores como los indicados, tengamos en cuenta el contenido del principio de proporcionalidad. Para ello, es importante tener presente que la CEBB toma en cuenta el sentido brindado por el Tribunal Constitucional nacional a aquel principio; en ese sentido, la CEBB ya ha tomado nota que la evaluación de razonabilidad y proporcionalidad de una disposición normativa no resulta exclusiva del ordenamiento peruano, sino que es aplicada de manera similar por distintos tribunales del mundo y, ha tomado en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional.¹⁶⁵

Teniendo en cuenta esto, tomaremos lo señalado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia del Exp. N° 045-2004-PI/TC¹⁶⁶, en donde el mismo estableció que la proporcionalidad se refiere a un vínculo entre el concepto de idoneidad entre medio y fin, es decir: “(...) *en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación proporcional entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.*”¹⁶⁷ Sin embargo, como recuerda nuestro máximo tribunal, el principio de proporcionalidad, entendido clásicamente, representa la prohibición del exceso; en ese sentido, aquel principio incluye tres conceptos adicionales: i) Principio de Idoneidad, ii) Principio de Necesidad y iii) Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.¹⁶⁸

De estos conceptos, es de interés para el análisis que realizamos, el Principio de Necesidad. Respecto al Principio de Necesidad, el Tribunal Constitucional ha indicado:

¹⁶⁵ Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Resolución N° 0346-2013/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000098-2013/CEB) del 20 de setiembre de 2013. Para. 42-43.

¹⁶⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 045-2004-PI/TC del 29 de octubre de 2005.

¹⁶⁷ Idem., Para. 25.

¹⁶⁸ Idem., Para. 27.

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado (...) y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. (...) El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) **la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos** y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, **tal intervención reviste menor intensidad**. (...) En consecuencia, si del análisis resulta que (1) **existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no [no afecta un derecho]** o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido [un] principio-derecho (...). (Énfasis agregado)¹⁶⁹

De esta manera, teniendo en cuenta que el RNP contaba con la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa, en el caso de la imposibilidad de levantar observaciones a la solicitud de renovación para el caso de proveedores con buen record de contratación, consideramos que la directriz establece una barrera burocrática que debe ser inaplicada por constituir una limitación no razonable, al violar el Principio de Proporcionalidad. ¿Puede el RNP establecer esa diferenciación legítimamente? La respuesta la encontramos en los argumentos presentados ante el Tribunal Constitucional, al indicarse que: “*el trato diferenciado será admisible si*

¹⁶⁹ Idem., Para. 39.

existe proporción entre las diferencias que se establecen y la finalidad perseguida. Esto es, que el tratamiento diferenciado no produzca otra desigualdad no querida.”¹⁷⁰

Finalmente, ambos supuestos deben presentar algún impacto en la entrada y mantenimiento de los proveedores en el mercado relevante del que se trate. Al respecto, debe indicarse que el mercado relevante en este caso estaría vinculado a la posibilidad de contratar con el Estado. Es decir, el mercado se encuentra circunscrito al mercado de contrataciones del Estado. En este caso, este mercado de contrataciones encuentra unidad, entre otras vías, mediante el Registro Nacional de Proveedores. Esto implica que la única forma de contratar con el Estado, es por medio del sistema de contrataciones del Estado, el cual incluye al Registro Nacional de Proveedores. Y, aunque es cierto que el mercado de proveedores de bienes y servicios, en general no ha sido limitado mediante los requerimientos bajo análisis, lo cierto es que una proporción importante del mismo si lo está. Concluir que debido a que fuera de las contrataciones del Estado los proveedores podrán ofrecer sus servicios, sería establecer *per se* que cualquier limitación o traba dispuesta de forma ilegal, ilegítima o desproporcionada, no podría ser considerada una barrera burocrática en tanto exista la posibilidad de contratar fuera del Estado. No podemos coincidir con una conclusión como esta y, por el contrario, es posible concluir que el mercado relevante en sí es la contratación pública, la cual, por estar unificada, no permite contratar en los casos que hemos analizado, cuando se dan los supuestos identificados como poco razonables o desproporcionales.

4.3 Análisis de la Constitucionalidad del Registro Nacional de Proveedores

Como hemos mencionado previamente, el RNP (regulado por la LCE) no puede calificarse como una barrera burocrática pasible de ser eliminada en abstracto ni por la CEBB ni por el Tribunal del INDECOPI. Y es que la competencia de la CEBB y del Tribunal del INDECOPI, en materia de barreras burocráticas, presenta limitaciones cuando las barreras son establecidas por normas de rango legal. Recordemos que la

¹⁷⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 045-2004-PI/TC ... op. cit., Sección B. Nota: 160.

LPEBB, en su artículo 3, define a las barreras burocráticas, e indica que “(...) *no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley: a. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa.*”¹⁷¹ Conjuntamente a ello, el marco legal aplicable dispone que la CEBB/Tribunal de INDECOPI inaplicarán medidas administrativas cuando las mismas constituyan, en los hechos (y tras su comprobación), barreras burocráticas con impactos desproporcionados, no razonables o ilegales en el acceso, mantenimiento o salida del mercado de ciertos agentes económicos. En consecuencia, el análisis de la CEBB y del Tribunal del INDECOPI se dirige a revisar los efectos económicos de las medidas administrativas en el orden legal nacional; como consecuencia, su finalidad no es analizar en abstracto la constitucionalidad o no de aquellas medidas. En ese sentido, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional nacional, “*el ejercicio de la CEB se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo, que vigilará la preservación del orden público económico.*”¹⁷² Por ello, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1256 da ciertos detalles. La norma en mención, indica que tratándose de procedimientos iniciados de oficio, INDECOPI podrá interponer demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos u otras normas de inferior jerarquía que contengan barreras burocráticas identificadas como ilegales y/o carentes de razonabilidad, a fin de lograr su derogación o nulidad y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra las barreras burocráticas que pudiesen estar incluidas en normas municipales y regionales..

De esto surgen ciertos límites, los que implican: i) Que la CEBB y el Tribunal del INDECOPI no pueden inaplicar –sea en un caso concreto o de forma abstracta– una barrera dispuesta por una norma de rango legal. ii) Aun cuando la medida analizada por la CEBB y el Tribunal del INDECOPI se refiriese a una medida que tuviese rango infra-legal (como una medida adoptada por una entidad administrativa),

¹⁷¹ Decreto Legislativo N° 1256 ... op. cit., Artículo 3. Nota: 76.

¹⁷² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 00014-2009-PI/TC ... op. cit., Para. 26. Nota: 98.

su eliminación del sistema debe efectuarse por razones de orden económico (es decir, por el impacto o posible impacto de la misma en el mercado) y no por razones puramente constitucionales. Aníbal Quiroga indicaba oportunamente ello, al señalar que, “*en el caso de las barreras burocráticas la CAM deberá tener presente que, como parte integrante de la administración pública (Poder Ejecutivo), carece de competencias constitucional para determinar por sí misma la inaplicación de las normas particulares o generales que sean dictadas por otro órgano u organismo de la misma administración pública, puesto que en calidad de órgano que ejerce jurisdicción administrativa carece de tal facultad que solo está reservada, como ya se ha dicho, a los jueces del Poder Judicial. Es evidente que la actual redacción del Art. 26BIS de la Ley del INDECOPI no faculta -y no podría hacerlo constitucionalmente- a ejercitar un control normativo de la legalidad y/o constitucionalidad de los actos y hechos de la administración pública en lo que encuentre disposiciones específicas o genéricas (...).*”¹⁷³ Esto implica que INDECOPI puede inaplicar una disposición administrativa por constituir una barrera burocráticas ilegal o no razonable desde un punto de vista económico de mercado, en el contexto de un caso específico (cuando es iniciado a pedido de parte) o en el contexto del impacto económico general que la misma produce o puede producir (cuando el procedimiento es iniciado de oficio).¹⁷⁴

Por consiguiente, cuando INDECOPI esté dando revisión a una medida infrallegal dictada por una entidad gubernamental, esta no podrá inaplicarla fuera del contexto de sus atribuciones (como es el velar por el correcto funcionamiento del mercado). Esto equivaldría a ingresar dentro de las competencias de otras entidades, afectando, por ejemplo, las atribuciones conferidas a nuestro máximo Tribunal o al

¹⁷³ Véase: QUIROGA LEÓN, Aníbal "El Control Constitucional de las Barreras Burocráticas y las Facultades del INDECOPI" En: *Derecho PUCP* N° 51. 1997. p. 336.

¹⁷⁴ Cabe añadir que la LPEBB ha aclarado, qué tipo de medidas pueden ser inaplicadas con efectos generales y qué medidas podrán ser inaplicadas para el caso concreto. Se entiende del desarrollo de la norma, que la inaplicación con efectos generales solo podrá realizarse respecto a las denominadas “disposiciones administrativas”, las cuales se definen como: “*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.*” Por su parte, podrán ser objeto de inaplicación para el caso concreto, las “disposiciones administrativas”, pero además “actos administrativos” y/o “actuaciones materiales”. Esto implica que, cuando la CEBB y/o el Tribunal del INDECOPI declara que existe una barrera burocrática cristalizada en una “disposición administrativa”, la misma será inaplicada de forma general, lo que implica además su inaplicación concreta para el caso que generó la revisión de la disposición. En el caso de las demás, al estar contenidas en mecanismos no normativos, el efecto de su inaplicación siempre será para el caso concreto del denunciante.

Poder Judicial, los cuales cuentan con el proceso constitucional de acción popular, el cual según el artículo 200. numeral 5 de la Constitución nacional, “(...) *procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.*”¹⁷⁵

Por tanto, es pertinente indicar que la conclusión a la que llegáramos en el capítulo previo no entraña que el orden normativo nacional cierre las puertas a la posibilidad de hacer frente a una barrera burocrática mediante otras alternativas, como sería la vía constitucional. Aquella vía, en específico, tendrá la propiedad de no constreñir el análisis de, por ejemplo, el RNP a uno económico legal (específicamente al impacto que podrían tener medidas administrativas y medidas normativas en los agentes económicos). El análisis, ahora, podrá efectuarse respecto a los alcances constitucionales, sean económicos como constitucionales generales, que el RNP tendrá en el orden legal y que en caso colisionara con un principio o fin constitucional, exigirá su eliminación por infracción constitucional. Esto se desprende al tener presente ciertas decisiones de nuestro máximo tribunal, cuando indica que la CEBB no puede pronunciarse de forma diferente a la posición adoptada por el Poder Judicial en lo referido a procesos de acción popular que han quedado firmes. Esto implica que el análisis constitucional efectuado en sede ordinaria respecto a una barrera burocrática es vinculante para la CEBB, especialmente cuando existe un pronunciamiento de ilegalidad de la barrera burocrática por vulneración de un derecho fundamental, lo cual obligará a concluir a la CEBB que la barrera burocrática es en efecto ilegal.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 200.

¹⁷⁶ Sin embargo, debe tenerse cuidado en concluir que –de forma similar- cuando en un proceso de acción popular se declara la constitucionalidad de una barrera burocrática, la CEBB se encuentra obligada a no cuestionar aquella barrera. Esto no es del todo exacto, pues el pronunciamiento de constitucionalidad dictado por el Poder Judicial (dependiendo de la resolución en cuestión) resuelve la legalidad de la barrera, no la razonabilidad técnica de la misma, la cual es competencia de la CEBB. Por ello, debe tenerse cuidado al revisar decisiones de nuestro máximo tribunal, cuando indica que “(...) *En efecto, tal como queda acreditado con las resoluciones judiciales (...) y con las Resoluciones N° 0090-2008/CAM-INDECOPI y 0100-2008/SC1-INDECOPI, obrantes a fojas 244 y 347, respectivamente, con fecha 11 de marzo de 1996, se publicaron en el diario oficial El peruano sendas sentencias por la Corte Suprema de la República, a través de las cuales se declararon infundadas las demandas de acción popular planteadas contra los artículos 47, 48, 49, 51, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 01-94-EM, por considerarlos conformes a los derechos fundamentales a la propiedad, a la libertad de contratación y a la libre competencia. EL primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Constitucional establece que, las sentencias (...) recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el*

Ahora bien, sobre lo indicado, debe tenerse presente que: a) Esto no implica la imposibilidad de que, por vía constitucional, pueda efectuarse un análisis del impacto del RNP en el mercado. Por el contrario, esto implica que al encontrarse el RNP establecido en una norma de rango legal y –por tanto– excluida de la competencia de la CEBB/INDECOPI, será el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial quien deberá determinar si la ley que establece la existencia del RNP constituye una medida que distorsiona el mercado por colisionar con el orden económico constitucional, y por incumplir con los requisitos de razonabilidad y/o proporcionalidad que toda medida debe guardar cuando afecta derechos fundamentales. b) Que, aun cuando el Tribunal Constitucional no lograra determinar que el RNP constituye una barrera burocrática en el sentido económico constitucional referido en las primeras secciones de la investigación, podrá eliminarla del sistema legal si la misma implica una vulneración a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y racionalidad en su sentido general reconocidos por nuestra norma fundamental.

4.3.1 La Inconstitucionalidad del Registro Nacional de Proveedores para el caso de Proveedores de Bienes y Servicios

Teniendo en cuenta lo indicado previamente, en este punto analizaremos si el RNP ha sido establecida por una disposición inconstitucional; con aquel propósito, plantearemos nuestra posición desde un inicio. Al respecto, creemos que el RNP como institución creada por la LCE, carece de racionalidad, razonabilidad y de proporcionalidad, en lo referido a los proveedores de bienes y servicios. Esto es así, pues las obligaciones que aquella disposición instituye y que afecta el ingreso al mercado de una serie de agentes económicos, no cumplen con la finalidad para la cual han sido creadas.

día siguiente a la fecha de su publicación. De ello deriva que la Resolución N° 0156-2005/CAM-INDECOPI, de fecha 15 de septiembre de 2005, y las Resoluciones N° 0511-2006/TDC-INDECOPI y 0124/CAM-INDECOPI, de fecha 12 de abril de 2006 y 6 de julio de 2006, respectivamente, al establecer que los artículos 47, 48, 49, 51, 52 y 53 del Decreto Supremo N° 01-94-EM, constituía barreras burocráticas ilegales e irracionales, violaron el mencionado artículo 82 del Código y por derivación, el artículo 139.2 de la Constitución (...).” Véase: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia EXP. N.º 2643-2010-PC/TC del 30 de noviembre de 2010. Fundamento 3.

Como ya hemos indicado al inicio de la presente investigación, el RNP tiene una finalidad en el sistema de contrataciones con el Estado; específicamente, garantizar que los proveedores y/o contratistas se encuentren en condiciones de cumplir con los compromisos contractuales asumidos. De no poder garantizarse esto, el sistema se arriesgaría a asumir los riesgos del incumplimiento contractual de los proveedores y/o contratistas, lo que implicaría mayores costos para el Estado y la consecuente puesta en peligro de la prestación de los servicios a la ciudadanía. Ejemplo claro de la finalidad garantista que tiene el sistema del RNP, se observa en el caso de los requisitos exigidos para los ejecutores y/o consultores de obras. Los requisitos exigidos para obtener el registro en el RNP en aquel caso –como ya hemos indicado en secciones anteriores– incluyen una serie de revisiones, como los balances contables del potencial proveedor (evaluación contable), el mismo que incluye “(...) *la evaluación de la solvencia económica del ejecutor de obras (...) y consultor de obras (...), haciendo uso del aplicativo de evaluación de los Ratios de Medición de Solvencia (...).*”¹⁷⁷ Según la directiva aplicable, los ratios a ser utilizados incluyen, “(...) *ratio de endeudamiento (...) ratio de liquidez (...), ratio de solvencia (...) [y] ratio de margen bruto (...)*”¹⁷⁸ Como parte de la información adicional que tiene que entregarse y que será analizada por la OSCE, se encuentra la calificación en la central de riesgos de la SBS; además, la OSCE incluirá una evaluación técnica del solicitante, específicamente su capacidad máxima de contratación, incluyendo una revisión de aquella capacidad en una serie de escenarios.

En contraste con esto, en el caso de los proveedores de bienes y servicios, la normativa del RNP establece obligaciones distintas. La primera diferencia que se observa es que, en este último caso, la inscripción en el RNP es de aprobación automática y el único límite para la inscripción se produciría si, al momento de evaluarse los requisitos del TUPA, se considerara que los mismos no han sido cumplidos. A diferencia de ello, para el caso del ejecutor y/o contratista de obra, el sistema requiere un conjunto de información compleja que será analizada en un plazo

¹⁷⁷ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Resolución N° 023-2016-OSCE/PRE ... op. cit., Nota: 121.

¹⁷⁸ *Idem.*,

determinado por la OSCE. Para ejemplificar esto, téngase en cuenta el TUPA del OSCE, ítem 36, en donde se establecen ciertos requisitos a cargo de los consultores de obras públicas para su inscripción en el RNP. La disposición mencionada indica que la OSCE tendrá 30 días hábiles para determinar la procedencia de la solicitud. Respecto a esto último, puede indicarse que el tiempo para el pronunciamiento es razonable, pues la OSCE debe analizar y verificar una serie de variantes económicas y técnicas de los solicitantes. Como es lógico, para el caso de proveedores de bienes y servicios (dada su aprobación automática), la OSCE no realiza un análisis previo ni revisión alguna que asegure la idoneidad técnica ni económica de los potenciales proveedores. Para este último caso, el RNP hace la verificación formal de los requisitos establecidos en el TUPA, transformándose en un registro obligatorio formalista.

De esta manera, en este caso nos encontramos ante un problema que haría referencia a que el RNP, para el caso de proveedores de bienes y servicios, solo cobra sentido cuando entra a analizar (aunque sea de forma superficial) los requisitos del TUPA, los mismos que no son especialidad de la OSCE. En aquel contexto, la OSCE tiene dos opciones:

a) Dar revisión somera del cumplimiento de los requisitos establecidos en el TUPA, lo que incluye que los proveedores de bienes y servicios presenten copia del poder vigente inscrito en Registro Públicos o copia de escritura pública inscrita en Registro Públicos en donde se acredite su objeto social. No obstante, si esa es la intención final, entonces el RNP para el caso de proveedores de bienes y servicios, no presta beneficio concreto para el sistema de contrataciones, salvo el hecho de que no se requerirá presentar para cada convocatoria (con las diferentes entidades del Estado), la información ya entregada al RNP. Si bien aquella finalidad es bienvenida, pues el Estado es unitario y la información proporcionada a una institución no debería de ser requerida por otra, la administración no puede trasladar el peso de sus obligaciones (que puede cumplirse mediante cooperación interinstitucional) de forma absoluta al administrado. Esta finalidad pareciera desprenderse del artículo 46. 5 de la Ley N° 30225 (LCE), la cual indica que, *“en ningún caso, los documentos de los procedimientos de selección exigen a los proveedores la documentación que estos hubieran presentado para su inscripción ante el Registro Nacional del Proveedores*

(RNP).¹⁷⁹ En ese sentido, si el RNP, para el caso de los proveedores de bienes y servicios, tiene como finalidad fundamental lo antes indicado, la misma termina constituyendo un simple registro forzoso destinado a agilizar el suministro de información interinstitucional. Sin embargo, dicha conclusión implica, a su vez, que la información brindada no será cotejada, lo cual entraña la posibilidad de que el Estado contrate con entidades que podrían no estar en condiciones de ejecutar adecuadamente sus obligaciones. Sea como fuese, si aquella es la función del RNP, para el caso de los proveedores de bienes y servicios, creemos que debería existir la posibilidad de que estos puedan entregar la información que no fue presentada al RNP, a la entidad convocante del proceso de contratación; así, recaerá en el administrado la obligación de cumplir con la presentación de la información que debió entregar al RNP (asumiendo el riesgo de los tiempos requeridos para ello); sin embargo, la LCE es clara al establecer en su artículo 46 que, *“para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).”*¹⁸⁰

b) La otra posibilidad es que el RNP no se limite a constituir un registro forzoso, sino que represente –adicionalmente– el momento en que la administración constatará cierta información necesaria para que el Estado determine la idoneidad o no del posible contratante con el Estado. Si este es el caso, entonces tendremos que concluir necesariamente que la OSCE analizará de forma profunda la información requerida en el TUPA del OSCE, ítem 43; sin embargo, esto no es posible, dada la naturaleza de aprobación automática del procedimiento. Incluso si el evaluador presentara observaciones, los mismos podrán ser: i) Observaciones superficiales sobre la presentación de la información requerida por el TUPA del OSCE, en cuyo caso no podrá cumplirse la finalidad que venimos analizando (establecer la capacidad de contratación del solicitante) u, ii) Observaciones que ingresen a cuestionar o calificar la validez de los documentos requeridos en el TUPA, caso en el cual nos encontraremos en un escenario en donde una entidad no especializada en ciertas materias, como en materia de registros públicos, entrará a determinar la adecuación o no de los documentos que han obtenido fe pública. En este último caso, es claro el

¹⁷⁹ Ley N° 30225, op. cit., Artículo 46.5.

¹⁸⁰ *Idem.*, Artículo 46.

riesgo de que una entidad no competente ni especializada en ciertas materias establezca una opinión que puede afectar los derechos de los ciudadanos. Como es claro, en aquel caso –además– estaríamos adentrándonos en la indeterminación de la información que debe considerarse como veraz por el origen de su emisión. Dado que este último caso difícilmente podría defenderse, es el primer escenario (i) el que podría ser sostenido como fundamento para este segundo supuesto. Sin embargo, en aquel caso nos enfrentamos a un sistema que no cumple su cometido.

Dado que ambos supuestos planteados, (a) y (b), pueden constituir – tanto separados como en conjunto– fundamento para la creación del RNP, tendremos en cuenta la constitucionalidad o no de ambos.

Para ello, debemos partir señalando que, en principio, la creación del RNP mediante la LCE constituyó un ejercicio legítimo, llevado a cabo por el congreso de la república, pues este cuenta con la discrecionalidad de determinar la forma más idónea para satisfacer el bien u orden público nacional.¹⁸¹ En ese sentido, una de las justificaciones principales para la creación del RNP (y la obligación impuesta a los agentes económicos de obtener su registro) es la protección del orden público económico. Parte de aquel orden público económico, como hemos mencionado en las secciones previas de esta investigación, implica garantizar la economía social de mercado, el mismo que exige que el Estado desarrolle un rol institucional en el orden legal. El Tribunal Constitucional nacional ha tenido oportunidad de aclarar esto en su sentencia del Exp. N° 018-2003-AI/TC, ocasión en la que concluyó que la noción de economía social de mercado “(...) se refiere a un tipo de organización económica

¹⁸¹ Recordemos que, en principio, el Poder Legislativo tiene una discrecionalidad proveniente del voto popular, para determinar el contenido legislativo más idóneo para satisfacer las necesidades de la población. Claro está, aquella discrecionalidad puede ser cuestionada en sede constitucional ante el Tribunal Constitucional. Aun así, nuestro máximo tribunal tendrá ciertos límites en cuanto a la revisión de las funciones legislativas, especialmente en lo referido a los poderes intrínsecos de aquel poder del Estado. Como indica Figueruelo Burrieza: “*Los límites a la función del Tribunal y aquellos otros vacíos donde el Tribunal no puede actuar debido a la existencia de límites funcionales infranqueables. Los límites a la función del Tribunal son los mismo que los de la interpretación constitucional, porque no es función del máximo intérprete de la Constitución la creación del derecho. Esos límites aparecen: i) Cuando no es posible la concretización porque la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales. 2) Cuando la adopción del derecho que colma la laguna entra en el ámbito del poder discrecional del legislador. 3) En los propios límites del empleo de la analogía: el principio de legalidad penal, la regulación restrictiva de una materia por parte del legislador, la restricción de derechos y la falta de desarrollo legal.*” FIGUERUELO BURRIEZA, Angela “La Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo” En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) N° 81. 1993. p. 23.

*regulado por un régimen jurídico de descentralización e independencia frente al Estado, el cual está destinado a asegurar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo relativo a la libre iniciativa, para participar en la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios al público en general. En ese ámbito de concurrencia e intercambio autodeterminativo, en donde aparecen de un lado los ofertantes de bienes y servicios y, de otro, los consumidores o usuarios, el Estado cumple plurales funciones (...).*¹⁸² Una de aquellas funciones es la de establecer políticas legislativas en materia económica y social, dirigidas a asegurar “(...) *el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.*”¹⁸³ En ese sentido, el Estado en materia de política económica, debe velar por el interés general; de ahí deriva que este podrá imponer exigencias y obligaciones a los individuos siempre que con ello se busque satisfacer un interés mayor, como es el interés de la sociedad en su conjunto. Aquel interés de la sociedad en su conjunto se encuentra plasmada en términos legales, en nociones abstractas como el interés u orden público. Como indica Dolorier Torres, el orden público económico, “(...) *está integrado por el conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, marco que implica la existencia de unos principios básicos del orden económico y una serie de objetivos de carácter*

¹⁸² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 018-2003-AI/TC del 26 de abril de 2004. Fundamento 2.

¹⁸³ *Idem.*, Fundamento 2. Nuestro máximo tribunal especifica el tipo de funciones que el Estado desarrollara. Indica: “a) *Reconoce y efectiviza un conjunto de garantías destinadas a asegurar el goce de las libertades económicas, los derechos laborales y el derecho a la propiedad de los agentes económicos.* b) *Defiende el interés de los consumidores y usuarios como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras. Por ende, como bien afirma Walter Gutiérrez Camacho [“Derecho del Consumo y Constitución: El contratante débil” - En Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, N.º 65, febrero 2004, pág. 108], tal responsabilidad conlleva la aplicación del principio pro consumidor, generando así que en todo acto de creación, interpretación e integración normativa que se efectúe en nuestro ordenamiento, debe operar el criterio de estarse a lo más favorable al consumidor; es decir, a un especial deber de protección.* c) *Interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.* d) *Formula planes y programas en materia económica, con sujeción a los principios y valores democráticos (participación, representación y consenso con los agentes económicos).* e) *Establece políticas legislativas en materia económica y social destinadas a asegurar el bienestar compartido y armónico de la población; la cual, para efectos económicos, se constituye por la suma total de los consumidores y usuarios de los bienes y servicios.*”

económico cuya existencia implica la adopción de medidas de política económica para la protección de determinados bienes jurídicos o intereses sociales.”¹⁸⁴

Es decir, el Estado impondrá ciertas limitaciones o exigencias en aras de satisfacer el interés público o con la finalidad de salvaguardar el orden público interno. Respecto a aquel término (interés público), nuestro máximo tribunal ha indicado en su sentencia del Exp. N° 0090-2004-AA/TC, que:

“(…) uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente a interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. (...) Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. (...) en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”.¹⁸⁵

En consecuencia, la razón de ser de toda entidad estatal, como las funciones asignadas a las mismas, será satisfacer el interés público; por tanto, ahí donde no

¹⁸⁴ DOLORIER TORRES, Javier Ricardo ... op. cit., p. 208. Nota: 110.

¹⁸⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 0090-2004-AA/TC del 5 de julio de 2004. Para. 10-11.

exista la satisfacción adecuada de un interés público específico, encontraremos una atribución ilegítima, razón por la cual la norma que lo habilita –en caso impacte en los derechos fundamentales de los individuos– devendrá en inconstitucional.

¿Busca el RNP satisfacer algún interés general?

Creemos que la respuesta es afirmativa, pues el sistema en general busca proteger los intereses de la colectividad mediante la promoción y protección de la constitución económica nacional (o lo que es lo mismo, “(...) *la regulación de la propiedad, de la economía pública y privada, de la actuación de los agentes económicos, de las reglas del mercado, de la empresa y, en general, del fenómeno económico (...)*”¹⁸⁶, buscando, con ese fin, que la asignación económica de los fondos estatales se realice con los contratistas más idóneos y así, garantizar que los recursos sean dispuestos de la manera más eficiente. Ahora bien, cuando se disgrega de forma específica la materialización del RNP, como por ejemplo en el caso de los proveedores de bienes y servicios, se observa que aquella finalidad no se cumple o bien se cumple a expensas del administrado. Ya hemos indicado líneas arriba aquellos dos escenarios.

Respecto al escenario (b), su justificación estaría dada por la verificación de las condiciones adecuadas del potencial proveedor, con lo que se garantizaría que, de ser contratista con el Estado, este cumpla con sus obligaciones; sin embargo, como ya hemos señalado, esto no puede lograr, pues la verificación de los requisitos del TUPA del OSCE implica una verificación formal y, por tanto, no garantiza condiciones económicas y/o técnicas del solicitante del registro. En ese sentido, el interés público que estaría buscando satisfacer el RNP en el caso de los proveedores de bienes y servicios, no podría lograrse mediante la imposición forzosa del registro de los potenciales proveedores tal y como está planteado actualmente. Por consiguiente, en esta situación nos encontramos ante la afectación de los derechos de aquellos agentes

¹⁸⁶ BLUME FORTINI, Ernesto "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia" En: *Themis* N° 36. 1997. p. 31. Cabe recordar lo que el autor recuerda, cuando indica: “*Siguiendo a César Ochoa Cardich y partiendo de la premisa de que la Constitución Económica Peruana de 1993 contiene tanto principios informadores del conjunto del ordenamiento jurídico como normas jurídicas constitucionales vinculantes, cabe señalar que sus bases fundamentales son el principio de subsidiariedad del Estado, el principio del pluralismo económico, la economía social de mercado, el principio de la libre competencia y la defensa de los consumidores y las garantías de la inversión nacional y extranjera. Todo ello en un marco donde, como lo señala (...) Fernández Segado, ha desaparecido todo principio valorativo inspirador del régimen económico, se ha producido una privatización generalizada de la vida económica (...).*”

económicos, específicamente la afectación a su libertad de empresa, libertad de iniciativa privada, entre otros. Sobre estos derechos, nuestro máximo tribunal ha indicado en su sentencia del Exp. N° 01405-2010-PA/TC, que “(...) *la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover (...). Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impiden o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia (...).*”¹⁸⁷

En ese sentido, forma parte de los derechos fundamentales de la ciudadanía, el que su libertad de empresa se vea asegurado por el Estado, lo cual implica que este debe remover trabas que pudiesen obstaculizar su libre ingreso a los mercados. Esta obligación no solo sirve para determinar qué acciones administrativas vulnerarían el derecho a la libertad de empresa, sino que sirve para determinar si una decisión legislativa vulnera aquel derecho. Debe recordarse que nuestro máximo tribunal ha indicado que, “*el establecimiento de las políticas legislativas en materia económica y social implica la determinación de acciones y la preceptuación de derechos y deberes destinados a (...) la extensión del mercado, el fomento de la inversión (...) el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución (...).*”¹⁸⁸

Es así que, teniendo en cuenta que el derecho a la iniciativa privada constituye un derecho fundamental vinculado a los derechos económicos y sociales consagrados por la Constitución, la política legislativa en materia económica se encuentra obligada a protegerla y fomentarla. ¿Se cumple aquello en el caso de los proveedores de bienes y servicios y la obligación de obtener el registro en el RNP?

Para responder esto, debe tenerse en cuenta que el registro constituye una obligación a cargo de los potenciales proveedores de bienes y servicios, por lo que el RNP constituye una barrera de acceso en el sentido dado en las primeras secciones de la presente investigación. Aquella obligación, como es claro, constituye una afectación al derecho de libertad de empresa de los potenciales proveedores, ya que implica una

¹⁸⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 01405-2010-PA/TC del 6 de diciembre de 2010. Para. 13-14.

¹⁸⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 018-2003-AI/TC ... op. cit., Fundamento 2. Nota: 178.

barrera en el acceso al mercado; sin embargo, una restricción de un derecho fundamental no es ilegítimo por sí mismo. En el caso del derecho a la libertad de empresa, esto es especialmente claro, al existir una serie de medidas gubernamentales que buscan salvaguardar el correcto funcionamiento de la economía social de mercado de nuestro orden interno.¹⁸⁹ Por ende, lo relevante será determinar si aquella afectación constituye una restricción constitucional o no.

Al respecto, ya el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de indicar que la restricción de un derecho fundamental requiere el cumplimiento de ciertos requisitos. Estos implican que la limitación sea legal, proporcional y razonable. Según indica nuestro máximo tribunal en su sentencia del Exp. N.º 2235-2004-AA/TC:

“este Tribunal ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200 de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad. Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el

¹⁸⁹ Es en ese sentido, que existen limitaciones basados en razones de eficiencia económica, como las medidas normativas dirigidas a “*hacer frete a (...) externalidades, los monopolios naturales, el riesgo moral, la racionalización, la excesiva competencia, el control de rentas, la escasez, el poder de negociación desigual, la falta de información o información inadecuada, la las dificultades de coordinación y el paternalismo. Todas estas justificaciones tienden a concentrarse en la búsqueda del óptimo de Pareto, entendida como la situación en que el bienestar de un individuo no puede ser mejorado sin disminuir el de otros; o el concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks, según el cual la situación es óptima sólo cuando ésta no puede mejorarse a un menor costo del que las pérdidas significarían para un tercero.*” Véase: SÚMAR ALBÚJAR, Oscar "Derecho Empresarial y Constitución: Límites Constitucionales a la libertad de Empresa y a su Regulación (Un Análisis de Casos)" En: *Themis* N° 55, 2008. p. 272.

seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los sub-criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel”.¹⁹⁰

Por lo tanto, identificar adecuadamente la finalidad del sistema del RNP (para el caso de proveedores de bienes y servicios) constituye un paso fundamental para determinar su constitucionalidad o no. El fundamento del RNP (en el caso de proveedores) para el escenario que hemos denominado (b), presenta un problema evidente; y es que, su finalidad sería garantizar que el Estado contrate con los proveedores con capacidad económica y técnica para cumplir con sus obligaciones con el Estado. Sin embargo, el RNP no sirve efectivamente para aquel propósito, pues no existe evaluación alguna económica ni técnica de los solicitantes al registro. En ese sentido, estamos ante la restricción del derecho al libre acceso al mercado (mediante la instauración de una barrera de entrada) que no cumple con el requisito de proporcionalidad en su manifestación de idoneidad. Como ha indicado nuestro máximo tribunal, el requisito de idoneidad exige que la medida impuesta (restrictiva de un derecho fundamental) sea idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Este requisito se encuentra íntimamente ligado al principio de racionalidad

¹⁹⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 2235-2004-AA/TC del 18 de febrero de 2005. Para. 6.

de las decisiones estatales, el cual –según ha indicado nuestra Tribunal Constitucional, en su sentencia del Exp. N° 018-2003-AI/TC– implica que, "(...) *la necesidad de acreditar la adecuación del medio empleado por la ley con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el trato (...) que se legaliza, el supuesto de hecho que lo justifica, el proceder o la vía utilizada y la finalidad que se pretende alcanzar.*"¹⁹¹ Es decir, la racionalidad implica la "(...) *coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue.*"¹⁹² Teniendo presente lo antes indicado, creemos que puede concluirse sin mayor problema que el RNP en lo referido a la inscripción forzosa de los proveedores de bienes y servicios no cumple con la función indicada en el supuesto (b), es decir, no cumple con garantizar que los potenciales proveedores tengan ciertas características técnicas y económicas mínimas. Siendo esto así, el establecimiento del RNP para el caso de proveedores de bienes y servicios no satisface el requisito de idoneidad, pues si bien la finalidad que busca alcanzar es legítima, la misma no se puede lograr con la simple obligatoriedad de presentar información a un registro. En ese sentido, la obligación de inscribirse en el registro en el RNP como requisito para la entrada en el mercado, constituye una medida que no cumple con el requisito de racionalidad/idoneidad que toda acción debe cumplir cuando por medio de la misma se restringe el ejercicio de un derecho fundamental. Nuestro máximo tribunal ha tenido oportunidad de ahondar en su sentencia del Exp. N° 0030-2004-AI/TC, sobre el contenido del principio de idoneidad, indicando que "(...) *debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculden una restricción de un derecho fundamental.*"¹⁹³ Analizado el fundamento (b) del RNP, se

¹⁹¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 018-2003-AI/TC ... op. cit., Fundamento 2. Nota: 178.

¹⁹² *Idem.*,

¹⁹³ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. 0030-2004-AI/TC del 2 de diciembre de 2005. Para. 3.

concluye que el mismo no es satisfecho por medio de lo dispuesto en el artículo 46.1. de la LCE. Por consiguiente, consideramos que aquella disposición puede ser considerada inconstitucional por nuestro máximo tribunal.

Ahora bien, existe la posibilidad de que pueda argumentarse que el régimen del RNP, para el caso de proveedores de bienes y servicios, es constitucional si se tiene en cuenta que su razón de ser, no es (para este caso específico) el verificar la idoneidad de los posibles contratantes con el Estado, sino establecer un mecanismo que facilite la presentación de información a los potenciales contratantes con el Estado.

Este es lo que hemos denominado el escenario (a).

Si esto es argumentado, creemos que el artículo 46.1. de la LCE (para propósitos de los proveedores de bienes y servicios) aún deberá considerarse como una disposición inconstitucional, pues la misma no solo tendría que cumplir con el principio de legalidad, racionalidad/idoneidad, sino con otros contenidos del principio de proporcionalidad. Al respecto, debe recordarse que el principio de proporcionalidad comprende igualmente los criterios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁹⁴ El principio de necesidad, como indica nuestro máximo tribunal, “(...) impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.”¹⁹⁵ Al respecto, no observamos cómo el registro obligatorio en el RNP constituye la fórmula menos gravosa para centralizar la información que habrá de requerirse en los procesos de contratación. Si bien ello

¹⁹⁴ Este contenido es reconocido en nuestro ordenamiento por influencia de la experiencia europea, especialmente la alemana. Al respecto, como recuerda Blanke: “El grupo del principio de proporcionalidad comprende -después del examen de finalidad válida de la intervención por el poder público a la luz de la Constitución- los mandatos de adecuación, de exigencia o necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez se ramifican sectorialmente en obligaciones de tener en cuenta determinados intereses o en cláusulas dispensatorias para supuestos excepcionales. El mandato de adecuación (idoneidad o congruencia) quiere decir que el contenido de la actuación legislativa o administrativa debe ser el que corresponde a los fines que persigue y a los intereses públicos que la requieran.” Véase: BLANKE, Hermann-Josef “El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano” En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 9. 2010, p. 344.

¹⁹⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 2235-2004-AA/TC ... op. cit., Fundamento 6.

podría suponer la agilización de los procesos de contratación, la existencia de alternativas sería clave para que aquella disposición se considerase proporcional. Dado que la legislación en la materia no permite alternativas al registro en el RNP, creemos que no se cumple con el requisito de necesidad.

Es decir, el artículo 46.1. de la LCE, para el caso de los proveedores de bienes y servicios, al no constituir una fase de revisión de las condiciones técnicas o económicas de los solicitantes, sino tan solo una vía de centralización de información, debió haber previsto un sistema de centralización de información que afectara de forma menos gravosa el derecho fundamental a la libertad de empresa. Como ha indicado el Tribunal Constitucional nacional, *“(…) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental.”*¹⁹⁶ Aquello se habría podido cumplir si la LCE no impedía de plano a los proveedores de bienes y servicios contratar con las entidades convocantes, sino que trasladaba la carga de la presentación de aquella documentación y los tiempos requeridos a los solicitantes. En consecuencia, consideramos que el requisito de necesidad no se ve cumplido en este caso. En cuanto al requisito de proporcionalidad en sentido estricto, se produce igualmente un problema: aquel requisito implica que la medida legislativa debe estar claramente dirigida a satisfacer un fin o bien jurídico en un grado tal que la realización del objetivo debe ser proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Esto implica comparar dos intensidades, *“(…) el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental (...). Se pueden recoger tres criterios con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad. Estos criterios son: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importante deban ser los intereses generales que la regulación proteja (...) y, que cuanto más afecte una intervención a los derechos*

¹⁹⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 0030-2004-AI/TC ... op. cit., Para. 6.

fundamentales; y, que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva.”¹⁹⁷ Como es claro, la afectación del derecho que venimos analizando (acceso al mercado como manifestación del derecho fundamental a la libre empresa) en el caso del RNP para los proveedores de bienes y servicios, es absoluto, pues de no contar con el registro, la consecuencia es la imposibilidad de contratar con el Estado. Dada la intensidad en la restricción de aquel derecho fundamental, en base al principio de proporcionalidad, consideramos que los intereses perseguidos por la disposición del artículo 46.1. de la LCE tendrían que ser especialmente relevantes. Sin embargo, como hemos mencionado, dado que no existe una revisión técnica/legal de los proveedores de bienes y servicios, estamos en este caso ante un puro registro que simplifica la presentación de la información. Esta finalidad, sin duda importante, no es proporcional con la obligación y, la consecuencia del no cumplimiento de la misma, como es la exclusión de toda posibilidad de que agentes económicos puedan contratar con el estado.

Por todo lo antes mencionado, consideramos que el RNP, en lo referido a los proveedores de bienes y servicios, se encuentra establecida de forma inconstitucional en el artículo 46.1 del RNP.

4.3.2 Registro Nacional de Proveedores como Barrera Burocrática Inconstitucional y Mecanismos para su Eliminación

Como hemos señalado antes, apoyamos la idea de la existencia de una inconstitucionalidad por defecto en la necesidad y proporcionalidad del RNP, en el caso de proveedores de bienes y servicios; por consiguiente, debemos tener presente el resultado de aquella afirmación. Como ya hemos establecido, no implica que seamos de la opinión de que el RNP en su conjunto sea inconstitucional; es decir, no afirmamos la inconstitucionalidad del artículo 46.1 de la LCE en su conjunto, solo lo

¹⁹⁷ *Idem.*, Para. 9.

referido a los proveedores de bienes y servicios. Sin embargo, el artículo 46.1. no hace referencia específica a los proveedores de bienes y servicios; por el contrario, indica que *“para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores.”*¹⁹⁸ En ese sentido, no es posible cuestionar un párrafo específico del artículo 46.1.

Ahora bien, aquello no implica que dicha disposición no pueda ser cuestionada por inconstitucional, lo que implica es que su cuestionamiento debe realizarse –de forma tal– de no implicar: a) La derogación del extremo que regula los otros casos de contratistas, como es el caso de los ejecutores de obras. b) Y que debe sopesarse si la mejor opción es la eliminación del RNP en el caso de los proveedores de bienes y servicios.

Esto puede lograrse mediante la emisión de una sentencia constitucional de tipo interpretativa. Al respecto, recordemos que las sentencias interpretativas manipulativas (también llamadas normativas), son un vehículo por el cual nuestro máximo tribunal detecta la existencia de un contenido normativo inconstitucional en una ley o norma de rango de ley. Tal y como ha dispuesto nuestro máximo tribunal en su sentencia del Exp. N° 0004-2004-CC/TC, *“la elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las expresiones impertinentes (...). La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada agregándole un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.”*¹⁹⁹

Por tanto, se encuentra dentro de las atribuciones de nuestro máximo tribunal, modificar la normativa potencialmente controvertida con el fin de armonizarla con los

¹⁹⁸ Ley N° 30225 ... op. cit., Artículo 46.1.

¹⁹⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia Exp. N° 0004-2004-CC/TC del 31 de diciembre de 2004. Fundamento 3.3.

derechos y principios constitucionales. Al respecto, el escenario que creemos sería el más idóneo, que el artículo 46.1 sea objeto de una sentencia interpretativa reconstructiva, por la misma que se pasaría a disponer lo siguiente:

Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), **el mismo que tiene por finalidad, para cada uno de estos, la verificación de su idoneidad para formar parte de los procesos de contratación con el Estado.**

Con un añadido como el propuesto arriba, tanto el reglamento de la LCE, como las otras disposiciones inferiores que regulan el funcionamiento del RNP, tendrían que adecuarse al nuevo mandato. Esto haría que el RNP dejara de ser un simple registro forzoso para los proveedores de bienes y servicios y, siendo esto así, la consecuencia de que los proveedores no estuviesen registrados en el mismo comportaría una restricción proporcional y necesaria. Con ello, se tendría una institución que cumpliría una función pública esencial no solo para el caso de los contratistas y ejecutores de obras, sino para todo aquel que pretende contratar con el Estado.

Y, si bien recurrir a una sentencia normativa representa, por definición, una alternativa polémica, su uso es justificado especialmente en aquellos casos en los que se trata de *“(...) evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la expulsión de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico.”*²⁰⁰

En consecuencia, creemos que la mejor opción es ajustar el régimen del RNP, con el fin de que la inscripción obligatoria para los proveedores de bienes y servicios constatare la idoneidad de los mismos y así, la finalidad de aquella obligación, sea

²⁰⁰ *Idem.*, Fundamento 3.3.

legítima. Como es claro, también cabe la posibilidad que la legislación que regula la creación del RNP sea modificado por vía legislativa.

CONCLUSIONES

- Como hemos indicado a lo largo de la presente investigación, el Registro Nacional de Proveedores (RNP) tiene, como uno de sus objetivos, verificar la idoneidad de las personas naturales o jurídicas que desean contratar con el estado, los cuales requerirán una calificación como participantes, postores o contratistas. Sin embargo, esto solo se está cumpliendo en el caso de consultores y ejecutores de obras, no siendo así para el caso de proveedores de bienes y servicios. Teniendo en cuenta eso, existe un problema en el funcionamiento del RNP, pues el registro en aquel último grupo es meramente formalista y no propicia una garantía real para el estado respecto a aquellos proveedores registrado.
- Tal como hemos indicado a lo largo de la obra, las barreras burocráticas pueden adoptar diversas formas. Las barreras pueden ser de tipo administrativas y/o legales; de tipo estructurales y de tipo estratégicas. Como hemos indicado previamente, nuestro énfasis ha estado en determinar si el RNP puede constituir una barrera burocrática de tipo legal/administrativa que deba ser eliminada por la Comisión para la Eliminación de Barreras Burocráticas (CEBB).

- Como hemos explicado, no toda barrera burocrática legal o administrativa por sí misma puede ser eliminada por la CEBB. Algunos criterios que requieren cumplirse para que una barrera burocrática sea eliminada, incluyen que la misma: a) Genere un perjuicio en un mercado relevante. Este perjuicio implica la imposibilidad de que los privados puedan ingresar o mantenerse en aquel mercado. b) Que ese perjuicio se produzca aunado al hecho de que la medida administrativa o legal haya sido efectuada vulnerando principios legales fundamentales, como es el de legalidad, racionalidad, razonabilidad o proporcionalidad. En otros términos, para que una barrera burocrática sea calificada como una acción a ser eliminada del orden normativo, la misma deberá ser declarada ilegal o irracional y debe afectar principios y normas de simplificación administrativa y que limitan la competitividad en el mercado.
- Para efectuar el análisis sobre la exclusión de una barrera burocrática, deben seguirse los siguientes pasos:
 - Determinar si la medida cuestionada es competencia de la CEBB.
 - Determinar si la medida cuestionada ha sido emitida sustentada en una norma habilitante y, en ese sentido, ha sido lícitamente dictada.
 - Determinar si la medida adoptada, aun cuando haya sido emitida cumpliendo las existencias de una norma habilitante, ha cumplido con los fines de la norma y –por tanto– si cumple con proteger el interés, orden y/o moral pública.
 - Determinar si la consecución que busca satisfacer la imposición de la barrera burocrática (interés moral u orden público) ha sido llevado a cabo legítimamente.
- El primer nivel de análisis efectuado en la presente investigación, ha involucrado el determinar si el RNP, en sí mismo, puede ser declarado una barrera burocrática. Sobre el mismo, hemos concluido que el RNP en sí mismo no es posible de ser eliminado por la CEBB, dado que esta última no tiene competencias para inaplicar una disposición de rango de ley. Hemos concluido que, en todo caso, el RNP podrá ser inaplicado en un caso en concreto a través

de la justicia ordinaria en el marco de un proceso judicial o bien, ser inaplicado en abstracto por medio de un proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Una forma para evitar la eliminación de la norma en su conjunto, podrá efectuarse mediante una sentencia interpretativa por medio de la cual podrá determinarse qué sentidos interpretativos del RNP son constitucionales y, cuáles no.

- Si bien todo el sistema establecido por el RNP no puede ser declarado como una barrera burocrática; ciertas medidas del OSCE y del RNP sí pueden ser pasibles de ser declaradas como barreras burocráticas por parte de la CEBB. Tras el análisis efectuado en esta investigación, consideramos como posibles barreras burocráticas las siguientes:
 - El artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, el cual indica que los proveedores están obligados a comunicar al RNP la variación de una serie de circunstancias dentro de los 10 días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación.
 - Lo indicado por la directriz de proveedores de bienes y servicios, relativos al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), el Art. 237 del Reglamento de la Ley N° 30225.
- En estos casos, se ha seguido el análisis dispuesto en la revisión legal previa. *¿Son las medidas cuestionadas competencia de la CEBB?* Como se ha indicado, para que una medida sea objeto de revisión por parte de la CEBB, la medida administrativa debe haber sido establecida como pasible de revisión por aquella. Para esclarecer qué actos y disposiciones (así como cualquier otra actuación del Estado cae dentro de las competencias de la CEBB), el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1256 da ciertos detalles. Un punto fundamental, es que la disposición o acto debe estar incorporado fuera de una ley (pues la CEBB no puede inaplicar disposiciones con rango legal). Se ha determinado que las exigencias relativas a la renovación y actualización del RNP (y las consecuencias de su incumplimiento) cuestionado líneas arriba han sido

establecidas en el Reglamento de la Ley N° 30225. Fue el Reglamento de la Ley N° 30225, la que reguló el procedimiento de renovación y actualización del registro en el RNP y, en especial, la consecuencia de no realizar la actualización adecuadamente. Esta disposición sí puede ser revisada por la CEBB, en tanto es parte de una disposición aprobada, mediante decreto supremo. De igual forma, consideramos cuestionable lo indicado en la directriz aprobada para el caso de los proveedores de bienes y servicios, específicamente, en la sección relativa a la consecuencia de la observación de la solicitud de inscripción y/o renovación, cuando la misma no ha sido considerada levantada por la autoridad. En tanto aquello ha sido dispuesto por la directriz de proveedores de bienes y servicios, relativos al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), si es posible de ser inaplicado por la CEBB.

- *¿La medida cuestionada ha sido emitida en base a una norma habilitante y, en ese sentido, ha sido lícitamente dictada?* En relación a lo dispuesto en el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, no se observó una violación al Principio de Legalidad Administrativa y, tampoco una vulneración a lo indicado en la Ley N° 27444 – LPAG. En lo concerniente a lo indicado por la directriz de proveedores de bienes y servicios, relativo al cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), tampoco encontramos una contradicción con alguna norma. Se concluyó que ambas potenciales barreras burocráticas no pueden ser consideradas ilegales, teniendo en cuenta el marco legal vigente.
- *¿Las medidas, aun cuando hubiesen sido emitidas lícitamente, cumplen con los fines de proteger el interés, orden y/o moral público?* En relación a lo dispuesto por el artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, consideramos que su finalidad es legítima, pues la variación de ciertas circunstancias de los proveedores, como es el cambio de razón social, transformación societaria, representante legal, capital social o patrimonio, es relevante para el aseguramiento del cumplimiento de los contratos. En lo que respecta a la directriz de proveedores de bienes y servicios relativos al

cumplimiento de lo indicado en el TUPA del OSCE (ítem 45), tenemos que la disposición también busca satisfacer el interés y orden público.

- *¿Las medidas, aun cuando buscan satisfacer el interés u orden público, han sido llevados a cabo con respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad?* En relación al artículo 237 del Reglamento de la Ley N° 30225, en caso un proveedor modifique, por ejemplo, su representante legal o su patrimonio, e incumpla con la comunicación dentro del plazo adecuado, pero ello se produce antes de que se efectúe alguna etapa con la entidad convocante, y en donde no ha sido necesario la intervención del representante legal, ni se haya producido una modificación patrimonial que pudiese afectar el posible aprovisionamiento a favor del Estado (si el proveedor resulta ganador del proceso de contratación), y el RNP cancela su registro, entonces creemos que estaremos ante una medida desproporcionada. En específico, la medida aplicada por la OSCE carecerá de proporcionalidad si es que involucra –por ejemplo– la cancelación del RNP, porque un proveedor no realizó la comunicación de un cambio de representante legal o la modificación de su patrimonio si ello no ha impactado en el proceso de contratación de forma efectiva. En el caso planteado referido al artículo 237 (cuando es aplicado sin ponderación) creemos que nos encontramos ante una barrera burocrática no razonable, por ser desproporcional, pues, la autoridad tendría que cumplir con dos elementos: a) Demostrar que antes de tomar su decisión, evaluó el impacto negativo de implementar la regulación en los agentes afectados. Y, b) Que la autoridad demuestre que aquella decisión es la opción menos gravosa.

En lo que respecta a la directriz de proveedores de bienes y servicios, en lo relativo al incumplimiento de lo indicado al TUPA del OSCE (ítem 45) y la falta de levantamiento de posibles observaciones por parte del proveedor, concluimos que lo señalado en el caso anterior también le era aplicable. Esta constituirá una barrera burocrática cuando el RNP considere como no presentada la solicitud de inscripción y/o renovación. En aquel caso habría una desproporción. En ese sentido, lo dispuesto, respecto a que ante una

observación a la renovación de un proveedor y que la autoridad considere no levantada, se tome como no presentada la solicitud, los costos de tiempo, previsibilidad y oportunidad son trasladados en su conjunto al proveedor. Y si bien esta puede ser una consecuencia necesaria para tener claridad respecto a los proveedores que cuentan o no efectivamente con el RNP, lo cierto es que pequeñas observaciones o detalles formales pueden hacer que un proveedor, con antecedentes adecuados en contratación con el Estado, se vea excluido de un proceso. Esto constituiría una barrera burocrática por constituir una limitación no razonable por desproporcionalidad.

- Finalmente, se ha establecido en la investigación, que existe una inconstitucionalidad por defecto en la necesidad y proporcionalidad del RNP, en el caso de proveedores de bienes y servicios; sin embargo, ello no implica que seamos de la opinión de que el RNP en su conjunto sea inconstitucional; es decir, no afirmamos la inconstitucionalidad del artículo 46.1 de la LCE en su conjunto, solo hacemos hincapié en lo referido a proveedores de bienes y servicios.

RECOMENDACIONES

Habiendo desarrollado el presente trabajo y habiendo llegado a una serie de conclusiones, creemos necesario proponer algunas recomendaciones a las problemáticas planteadas:

- Es importante que en el Perú se tome la experiencia de otros países respecto a la implementación de estudios previos antes de la implementación de medidas que pudiesen suponer barreras irracionales, como lo indicamos en nuestro segundo capítulo, se pueden tomar medidas como las denominadas *Regulatory Impact Analysis* (RIA) (Evaluación de Impacto Regulatorio), las cuales constituyen una herramienta que: *"(...) busca ser tanto una herramienta como un proceso de decisión para informar a los que toman las decisiones políticas si -y cómo- lograr los objetivos de políticas públicas. Como una herramienta que apoya la toma de decisión, la RIA examina sistemáticamente los potenciales impactos de las acciones gubernamentales al preguntar sobre los costos y beneficios; sobre cuán efectiva será la acción para lograr el objetivo y si existen mejores aproximaciones alternativas disponibles. Como un proceso de decisión, la RIA está integrado con un sistema de consulta, desarrollo de políticas públicas y emisión normativa dentro del gobierno, con el fin de proveer información ex ante sobre los efectos que se esperan de una propuesta regulatoria (...)"*.²⁰¹
- Se debería tomar en consideración la Resolución N° 0274-2007-CAM-INDECOPI, por la que se aprueban los Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Simplificación Administrativa, que tiene como objetivo absolver cuestionamientos referentes al impacto de una norma buscando la eliminación de exigencias innecesarias en los trámites, hecho que hemos demostrado en el caso del Registro en el RNP para proveedores de bienes y servicios.

²⁰¹ Organization for Economic Co-Operation and Development. OECD Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Impact Analysis - A Tool for Policy Coherence. 2009. p. 12.

- Teniendo en cuenta que el texto del artículo 237° del Reglamento de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, consideramos pertinente modificar el texto del presente artículo, para eliminar la desproporcionalidad de la medida correctiva, consideramos que la siguiente redacción podría ser la adecuada para eliminar la barrera burocrática:

*“Los proveedores registrados en el RNP están obligados a mantener actualizada su información, conforme a lo dispuesto en la Directiva, sujetándose a las consecuencias que se deriven de su incumplimiento. Dicha información tiene carácter de declaración jurada. Los proveedores están obligados a comunicar al RNP la variación de la siguiente información: domicilio, nombre, razón o denominación social, transformación societaria, representante legal, apoderados de personas jurídicas extranjeras no domiciliadas, socios, accionistas, participacionistas o Titular, órganos de administración, capital social o patrimonio, distribución de acciones, participaciones y aportes. Dicha comunicación debe realizarse dentro de los diez (10) primeros días hábiles del mes siguiente de ocurrida la variación. Si el proveedor no declara la variación dentro del plazo establecido, debe regularizarla mediante el procedimiento establecido en el TUPA de OSCE. Si luego de transcurrido el plazo para la actualización de información y antes de que se realice la regularización, se advirtiera en mérito a una denuncia el incumplimiento por parte del proveedor de su obligación de actualizar la información del representante legal, apoderado de personas jurídicas extranjeras no domiciliadas, órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o Titular, distribución de acciones, participaciones o aportes, el RNP cancela la vigencia de la inscripción o renovación de inscripción como proveedor del Estado, **esta medida será adoptada siempre que dichos cambios tengan una afectación directa en cualquier etapa del proceso de selección o en la contratación de ser ganador de la buena pro.**”*

- Lo mismo sucedería con el artículo 46.1 de la LCE, a través de una sentencia interpretativa reconstructiva, por la misma que se pasaría a disponer lo siguiente:

“Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), el mismo que tiene por finalidad, para cada uno de estos, la verificación de su idoneidad para formar parte de los procesos de contratación con el Estado.”

Ello debería ser complementado con un funcionamiento del RNP para bienes y servicios similar al que existe para obras y consultoría de obras, ya que con dichos mecanismos se asegurará que el Estado cuente realmente con los proveedores idóneos de los bienes y servicios que requieren las Entidades.

BIBLIOGRAFÍA

- AVENDAÑO VALDES, Juan Luis y ZUMAETA CASTRO, Fiorella "El que no Cae, no Tiene que Resbalar en el Poder Judicial. Las Barreras Burocráticas y el Procedimiento Administrativo" En: *Ius Et Veritas* Vol. 21, N° 43. 2011.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián. "Notas al Curso de Derecho Administrativo – Lección 14ª". Revisión, agosto 2007. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.
- BLANKE, Hermann-Josef "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano" En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 9. 2010.
- BLUME FORTINI, Ernesto "La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia" En: *Themis* N° 36. 1997.
- CASSANE, JUAN CARLOS, "Derecho Administrativo", Tomo II, 1ª Edición, 2010, Palestra Editores.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general", 3ª Edición, 2007, Palestra Editores, Lima.
- CAVERO SAFRA, Enrique "¿Piedra en el Zapato o Piedra de Molino? Algunas Reflexiones sobre la Eliminación de Barreras Burocráticas" En: *Revista de Actualidad Mercantil* N° 4. 2015.
- CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús y PUELL ORTIZ, Melina "Si Te Vi, No Me Acuerdo. Análisis de la Jurisprudencia del INDECOPI sobre la Declaración de Barrera Burocrática Ilegal a las Tasas del RNP" En: *Gestión Pública y Desarrollo*. Septiembre 2009. Disponible en: http://mail.peruserver.com/gestionpublica.org.pe/plantilla/practx09/contrat_estado/2009/compest_09_6.pdf.
- DANÓS, Jorge, "Situación de la legislación peruana en materia de contratación del Estado", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 141, Gaceta Jurídica, 2005.
- DERMIZAKY Pablo, Informe Jurídico sobre S.A.M, de fecha 14/Noviembre/1992.
- DOLORIER TORRES, Javier "Orden Público Económico, Orden Público Laboral y los Límites a la Autonomía Colectiva" En: *Themis* N° 27-28. 1994. p. 208.
- DRAGO ALFARO, Mario y ZUMAETA CASTRO, Fiorella "El Estado contra el Estado: El Modelo Peruano de Eliminación de Barreras Burocráticas como Propuesta para el Crecimiento Económico de Países en Vías de Desarrollo" En: *FORSETI - Revista de Derecho* N° 1. 2013. p. 109.

- DROMI, Roberto, "Licitación Pública", 1ª edición peruana, julio 2006, Gaceta Jurídica S.A.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela "La Incidencia Positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo" En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) N° 81. 1993.
- FLINT, Pinkas *Tratado de Defensa de la Libre Competencia - Estudio Exegético del D.L. 701* Fondo Editorial PUCP, Lima. 2002.
- GACETA CONSTITUCIONAL, "La Administración Pública en la Constitución", 1ª Edición, 2009, Gaceta Jurídica Editores.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otros, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, 1ª edición peruana, Palestra Editores.
- GUZMÁN NAPURI, Christian "Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un Análisis del Decreto Legislativo N° 1044" En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 10. 2011.

INDECOPI: - Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas: (Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Resolución N° 0295-2015/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000067-2015/CEB) del 24 de julio de 2015) Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Resolución N° 0346-2013/CEB-INDECOPI (Exp. N° 000098-2013/CEB) del 20 de setiembre de 2013 y Comisión de Acceso al Mercado. Informe N° 002-2000/INDECOPI-CAM (Denuncia presentada por la Asociación Peruana de Fitofarmacia contra el Ministerio de Salud) del 25 de enero de 2000 – Tribunal del INDECOPI: (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI. Exp. 201-2008/CCD del 29 de noviembre de 2010. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 143-2009/SC1-INDECOPI (Exp. 113-2008/CEB) del 14 de abril de 2009. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución N° 0837-2011/SC1-INDECOPI (Exp. N° 00005-2009/CEB-INDECOPI-PIU). Tribunal del INDECOPI. Resolución N° 182-97-TDC (Exp. N° 036-96-CAM) del 20 de agosto de 1997. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. Resolución 0520-2011/SC1-INDECOPI (Exp. N° 000089-2010/CEB-INDECOPI). Normatividad: Resolución N° 0274-2007-CAM-INDECOPI, Aprueban Lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado sobre Simplificación Administrativa. 14 de diciembre de 2007.

- KRESALJA, Baldo "Comentarios al Decreto Ley 26122 Sobre Represión de la Competencia Desleal" En: *Derecho PUCP* N° 47. 1993.

KRESALJA ROSELLÓ, Baldo "Perú: Consideraciones Constitucionales y Legales sobre la Competencia Económica" En: *Revista Pensamiento Constitucional* Vol. 12, N° 12. 2007.

LANDA, César *Constitución Económica del Perú* (Foro Económico Asia - Pacífico APEC) (Coord. César Landa) Justicia Constitucional - Revista de Jurisprudencia y Doctrina Año III, N° 6. Lima, Perú. 2008.

LINARES, Mario, "El Contrato Estatal. Teoría General del Contrato Estatal. Análisis del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento", 1ª edición, abril 2002, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

MONTES, Karina; MORI, Jorge; TORRES, Tessy y YUI, Marcos Serie Estrategias de Enforcement - N° 1, Eliminación de Barreras Burocráticas. Año 1, N° 1. INDECOPI. Lima. 2015.

MOSCOSO TORRES, Víctor Jüber. "Derecho Administrativo y Administración Pública". p. 143.

NACIONES UNIDAS: United Nations Development Programme *Making the Law Work for Everyone* Commission on Legal Empowerment of the Poor. New York – 2008; Organisation for Economic Co-Operation and Development. OECD Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Impact Analysis - A Tool for Policy Coherence. 2009; Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - Ley Tipo de Defensa de la Competencia (Posibles Elementos Sustantivos de una Ley de Defensa de Competencia, Comentarios y Enfoques Alternativos en las Legislaciones Vigentes). Nueva York y Ginebra. 2007 y Foro Latinoamericano de Competencia. Organization for Economic Co-operation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Sección III - Abogacía: Incorporación de las Políticas de Competencia en la Política Económica General y Medidas Adoptadas por el Gobierno en los Paises de América Latina y el Caribe. Contribución de Perú. 16-17 de septiembre de 2014. Montevideo, Uruguay. DAF/COMP/LACF (2014)16.

OCHOA MENDONZA, Francisco "Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas" En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* (INDECOPI) Año 10, N° 19. 2014.

OCHOA MENDOZA, Francisco "¿Es Posible Hacer Cumplir la Ley sin Sancionar? Aplicando de Manera Responsiva la Regulación en el Perú, a Propósito del Caso de Abogacía de la Competencia sobre las Barreras Burocráticas en el Mercado de Servicios Públicos" En: *Derecho PUCP* N° 76. 2016.

OSCE: Curso Compras Estatales Eficientes. Capítulo 2 del Módulo 5. Registro Nacional de Proveedores y Catalogación. (Miguel Ángel Llerena y David Prada) p. 6. Disponible en:

[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m5\(1\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m5(1).pdf); Resolución N° 023-2016-OSCE/PRE por la que se aprueba la Directiva N° 016-2016-OSCE/CD (Procedimiento para la Inscripción, Renovación de Inscripción, Aumento de Capacidad Máxima de Contratación, Ampliación de Especialidad y Categorías e Inscripción de Subcontratos de Ejecutores y Consultores de Obra en el Registro Nacional de Proveedores) del 22 de julio de 2016 y Resolución N° 022-2016-OSCE/PRE por la que se aprueba la Directiva N° 015-2016-OSCE/CD (Procedimiento para la Inscripción y Renovación de Inscripción de Proveedores de Bienes y Servicios en el Registro Nacional de Proveedores) del 11 de enero de 2016. Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSCE. TUPA 2016 aprobado mediante Decreto Supremo N° 191-2016-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de julio de 2016. Ítem 45 - Inscripción o Renovación de Proveedores de Bienes y Servicios Nacionales y Extranjeros Domiciliados.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "Manual de Derecho Administrativo", citado por Gaceta Constitucional, "La Administración Pública en la Constitución", 1ª Edición, 2009, Gaceta Jurídica Editores.

PATRÓN FAURA, Pedro, "Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú", 8ª Edición, 2004, Editorial Grijley, Lima.

QUIÑONES ALAYZA, María "Actividad Empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos" En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 12. 2012.

QUIROGA LEÓN, Aníbal "El Control Constitucional de las Barreras Burocráticas y las Facultades del INDECOPI" En: *Derecho PUCP* N° 51. 1997.

REPÚBLICA DEL PERÚ: Normatividad: Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril de 2001. Artículo 48; Decreto Supremo N° 076-2016-EF, Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Artículo 48; Reglamento de la Ley N° 30225. Exposición de Motivos. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Diciembre/10/EXP-DS-350-2015-EF.pdf>; Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (LMCIP), publicado en el Diario oficial El peruano el 2 de noviembre de 1991; Decreto Legislativo N° 668, Dictan Medidas Destinadas a Garantizar la Libertad de Comercio Exterior e Interior como Condición Fundamental para el Desarrollo del País, publicado en el Diario El Peruano el septiembre de 1991; Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada publicado en el Diario Oficial El Peruano el 04 de abril de 2007; Decreto Legislativo N° 1033, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Organización y Funciones

del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008; Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, derogada por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1033, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008 (con excepción de sus artículos 26 y 26BIS); Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

RESICO, Marcelo *Introducción a la Economía Social de Mercado Edición Latinoamericana* - Konrad Adenauer Stiftung.

RUBIO CORREA, Marcial *El Estado Peruano Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú. 2006.

SANTOS LOYOLA, Carlos R. “La actividad contractual del Estado en la perspectiva constitucional”. En “La Administración Pública en la Constitución”. 1ª Edición. Julio 2009.

SÚMAR ALBÚJAR, Oscar "Derecho Empresarial y Constitución: Límites Constitucionales a la libertad de Empresa y a su Regulación (Un Análisis de Casos)" En: *Themis* N° 55, 2008. p. 272.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 2004. Expediente N.º 020-2003-AI/TC; Sentencia Exp. N° 0008-2003-AI/TC-Lima del 11 de noviembre de 2003; Pleno Jurisdiccional. Sentencia Exp. 0011-2013-PI/TC (Caso Ley de Protección a la Economía Familiar) del 27 de agosto de 2014; Pleno Jurisdiccional. Sentencia Exp. N° 00014-2009-PI/TC del 25 de agosto de 2010; Sentencia Exp. N° 0041-2004-AI/TC del 11 de noviembre de 2004; Pleno Jurisdiccional. Sentencia Exp. N° 00025-2010-PI/TC del 21 de julio de 2011; Sentencia Exp. N° 045-2004-PI/TC del 29 de octubre de 2005; Sentencia Exp. N° 0004-2004-CC/TC del 31 de diciembre de 2004; Sentencia Exp. 0030-2004-AI/TC del 2 de diciembre de 2005; Sentencia Exp. N° 2235-2004-AA/TC del 18 de febrero de 2005; Sentencia Exp. N° 01405-2010-PA/TC del 6 de diciembre de 2010; Sentencia Exp. N° 0090-2004-AA/TC del 5 de julio de 2004; Sentencia Exp. N° 018-2003-AI/TC del 26 de abril de 2004 y Sentencia EXP. N.º 2643-2010-PC/TC del 30 de noviembre de 2010.

UGÁS SOBARZO, Sofía y PAREDES FIESTAS, Guilliana "El Análisis de Razonabilidad a Través de los Pronunciamientos del INDECOPI: Cómo Evitar Medidas Impuestas Utilizando el Detin Marin De Do Pingue" En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* Vol. 10, N° 19. 2014.

ANEXOS

ANEXO I: ABREVIATURAS

CADELI	:	Consejo Departamental de Adquisiciones de Lima
CAM	:	Comisión de Acceso al Mercado
CEBB	:	Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas
CFD	:	Comisión de Fiscalización de Dumpin y Subsidios
CONASUCO	:	Consejo Nacional Superior de Consultoría
CONSUCODE	:	Consejo Superior de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
CONSULCOP	:	Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas
INDECOPI	:	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
LBEBB Burocráticas	:	Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas
LCE	:	Ley de Contrataciones del Estado
LMCIP	:	Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada
LPAG	:	Ley de Procedimiento Administrativo General
OSCE	:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PAAC	:	Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones
RIA	:	Regulatory Impact Analysis (Evaluación de Impacto Regulatorio)
RNP	:	Registro Nacional de Proveedores
ROF	:	Reglamento de Organización y Funciones
SEACE	:	Sistema Electrónico de Contrataciones Estatales

SUNARP : Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
TUPA : Texto Único de Procedimientos Administrativos