

# Negocios

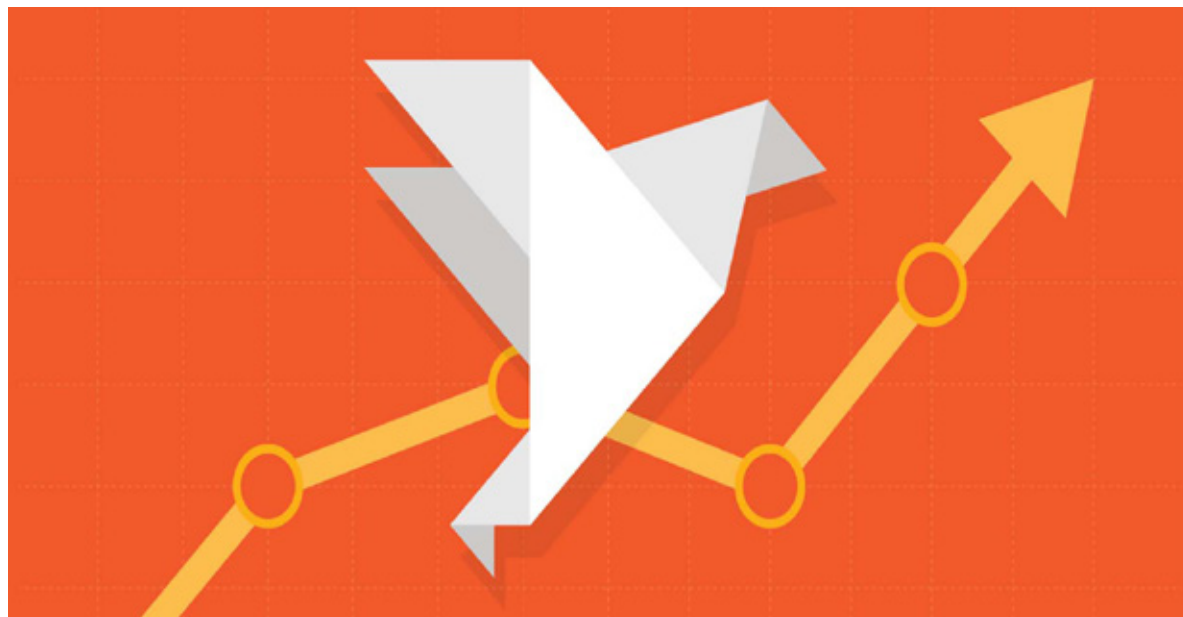
## INTERNACIONALES



**MEJORA REGULATORIA**  
Hacia un mejor entorno

# El análisis de impacto regulatorio y el régimen de eliminación de barreras burocráticas como instrumentos que promueven una mayor libertad económica

Por Hugo Gómez, Profesor del curso Libre Competencia y Acceso al Mercado en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



El derecho de propiedad, la libertad de contratación, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, expresamente reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1993, representan en conjunto lo que podemos llamar libertad económica, que no es otra cosa que el derecho de las personas para, de manera individual o asociada, desarrollar la actividad económica de su preferencia sobre la base de una decisión autónoma en cuanto a la forma de organización empresarial, la utilización de los factores de producción (capital, trabajo y tecnología), el uso y la explotación de los activos tangibles e intangibles, la contratación con proveedores y clientes, y el precio del producto o servicio que se oferta al mercado.

La libertad económica, así entendida, se despliega en el mercado a través de la interacción de vendedores (ofertantes) y compradores (demandantes), los que mediante transacciones voluntarias trasladan los recursos de usos menos valiosos a usos más valiosos (eficiencia económica). Esto crea riqueza donde antes no la había, fomenta el ahorro y las inversiones, genera puestos de trabajo y el pago de tributos que se convierten en recursos públicos, todo lo cual significa crecimiento económico y mayor bienestar social.

Pero el ejercicio de la libertad económica puede dañar a terceros. Las fábricas que emiten gases, vertimientos y desechos contaminan el aire, el agua y el suelo; los ómnibus de transporte que circulan a excesiva velocidad provocan accidentes de tránsito; los productos alimenticios mal preparados enferman a las personas, etc. ¿Cómo evitar estos daños? La respuesta es la intervención regulatoria del Estado. La regulación aparece para restringir la libertad económica, al establecer requisitos, exigencias, limitaciones y hasta prohibiciones que, se supone, tienen por objeto evitar tales daños. Así, la regulación ambiental exige a las fábricas el cumplimiento de estándares ambientales (límites máximos permisibles, estudios de impacto ambiental) relacionados con sus emisiones; la autoridad de transporte establece límites de velocidad y otras condiciones para garantizar la seguridad en las carreteras; la normativa sectorial exige la obtención del registro sanitario como condición previa para la comercialización de alimentos, entre otros.

La regulación no es mala en sí misma. El problema es la mala regulación; aquella que no impide el daño que se

supone debía evitar; la que impone más costos que beneficios; la que, en lugar de solucionar el problema, lo empeora; o la que simplemente establece una exigencia arbitraria que carece de toda explicación lógica. Por ejemplo, la ordenanza de la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) que estableció, en 2008, que en el distrito de San Borja solo podían operar hoteles de 4 y 5 estrellas, medida ilegal y discriminatoria que restringía la oferta —y, por tanto, la competencia— de establecimientos de hospedaje. Los hoteles de 1 a 3 estrellas pueden cumplir los estándares mínimos de higiene, seguridad industrial, medioambiente y salud correspondientes<sup>1</sup>, por lo que deberían ser los consumidores, en función de sus preferencias y capacidad adquisitiva, los que elijan la categoría del hotel donde desean pernoctar.

Existen dos herramientas que tienen como objetivo que los organismos públicos (ministerios, Gobiernos regionales, municipalidades) emitan regulaciones de calidad, es decir, que sean idóneas (que cumplan la finalidad perseguida), necesarias (que sean las opciones menos gravosas) y proporcionales (que sus beneficios sean mayores a sus costos). La primera es el análisis de impacto regulatorio<sup>2</sup> (RIA<sup>3</sup>), que busca asegurar, mediante una evaluación *ex ante*, que una regulación sea lo más eficiente y efectiva posible<sup>4</sup>. La segunda es el régimen de eliminación de barreras burocráticas (REBB<sup>5</sup>), el cual asegura, a través de un control *ex post*, que la regulación emitida sea legal y razonable.

De conformidad con el RIA, la autoridad administrativa, en primer lugar, debe identificar el problema que pretende corregir. Por ejemplo, que algunos hoteles estarían brindando

sus servicios sin higiene (sábanas y toallas sucias, cucarachas y ratones en las habitaciones). Luego, tiene que evaluar si dicho problema amerita una intervención regulatoria o no (opción no regulatoria). No hacer nada es una opción válida si la competencia puede corregir el problema. Los clientes dejarán de ir a los hoteles sucios y escogerán los limpios. El mercado se encargaría de incentivar la higiene de dichos establecimientos con el objeto de atraer, o al menos evitar perder, clientes.

Si se decide regular, se debe tener claro cuál es el objetivo de la regulación. En el ejemplo, sería velar por la salud de los huéspedes. Luego, como tercer paso, hay que evaluar las opciones o alternativas regulatorias. Pensemos en dos: (i) fiscalizar y sancionar con multa (y clausura en caso de reincidencia) a los establecimientos de hospedaje que brindan servicios sin higiene; o (ii) prohibir el funcionamiento de hoteles de menor categoría (de 1 a 3 estrellas). El cuarto paso implica analizar la constitucionalidad y la legalidad de las opciones regulatorias. Prohibir el funcionamiento de hoteles de menor categoría es claramente inconstitucional e ilegal: viola los principios de igualdad y de libre competencia, así como los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Por tanto, solo quedaría como opción regulatoria la fiscalización y sanción.

De acuerdo con el proceso RIA, el quinto paso consistiría en evaluar el impacto de las opciones regulatorias que superen el test de constitucionalidad y legalidad. Mediante el análisis costo-beneficio, se analizarían todos los beneficios y costos, directos e indirectos, cuantitativos y cualitativos, respecto de todos los grupos identificados

## PORTADA: MEJORA REGULATORIA

como destinatarios de la regulación, incluyendo el costo administrativo de aplicarla. El sexto paso consiste en escoger la opción regulatoria menos gravosa, es decir, la que resuelve el problema con el menor costo social posible. Finalmente, se debe implementar y verificar el cumplimiento de la regulación, y monitorear y evaluar su desempeño. Si no cumplió con su propósito, debería ser derogada.

El REBB tiene un razonamiento parecido. De oficio o en virtud de una denuncia (por ejemplo, un hotel de 3 estrellas ubicado en San Borja), la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del Indecopi evaluaría la ordenanza municipal que prohíbe en dicho distrito el funcionamiento de hoteles de 1 a 3 estrellas. Empezaría con el análisis de legalidad: ¿la MML tiene competencia para establecer dicha prohibición? ¿La ordenanza se aprobó cumpliendo los procedimientos o formalidades que el ordenamiento jurídico vigente exige a las municipalidades? ¿La prohibición contraviene las normas o principios de simplificación administrativa, o cualquier otra ley? En el ejemplo, la referida prohibición viola el artículo 9 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo 757, de 1991), que establece que toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente<sup>6</sup> (libertad económica).

Si asumimos que la barrera burocrática denunciada ha superado el test de legalidad, la CEB tendría que efectuar sobre ella el análisis de razonabilidad, lo que significa verificar el cumplimiento de los siguientes aspectos<sup>7</sup>:

a) Que la regulación no sea arbitraria,

lo que a su vez implica que la entidad emisora de la regulación acredite:

- (i) La existencia del interés público que sustentó la regulación cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
- (ii) La existencia del problema que se pretendía solucionar con la regulación cuestionada.
- (iii) Que la regulación cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema o para alcanzar el objetivo de la regulación.

b) Que la regulación es proporcional a sus fines, lo que a su vez significa que la entidad emisora de la regulación acredite:

- (i) Una evaluación de los beneficios o el impacto positivo que generaría la regulación, y de los costos o su impacto negativo para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados o para la competencia en el mercado.
- (ii) Que la referida evaluación permite concluir que la regulación genera mayores beneficios que costos.
- (iii) Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Entre estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

Si la MML hubiese aplicado el RIA, no habría emitido la norma que prohibió, en el distrito de San Borja, el funcionamiento de hoteles de 1 a 3 estrellas. Pero lo hizo, y fue la CEB, a través del REBB, la que declaró que dicha prohibición constituye

una barrera burocrática ilegal. De conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio, la CEB (o la segunda instancia administrativa del Indecopi) declara la ilegalidad de una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa, dispone su inaplicación con efectos generales.

El RIA y el REBB eliminan aquella mala regulación que impone sobrecostos y prohibiciones innecesarias a los agentes económicos, y permite que estos sean más competitivos y exista más competencia. La regulación limita la libertad económica, pero el RIA y el REBB limitan la regulación. Al "limitar" al "limitador", ambos promueven una mayor libertad económica. ■

<sup>1</sup> Así lo señaló la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución 0011-2013/SDC-INDECOPI, del 8 de enero de 2013.

<sup>2</sup> El artículo 5 del Decreto Legislativo 1448, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de setiembre de 2018, establece que uno de los instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria es el análisis de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post*.

<sup>3</sup> El acrónimo de *Regulatory Impact Analysis*

<sup>4</sup> Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*, versión 1.0, octubre de 2008, p. 4.

<sup>5</sup> Desarrollado en el Decreto Legislativo 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de diciembre de 2016.

<sup>6</sup> Tal como fue ratificado en la Resolución 0011-2013/SDC-INDECOPI.

<sup>7</sup> Artículo 18 del Decreto Legislativo 1256

# Business Process Outsourcing

El horizonte seguro para la gestión de su empresa.



## VALPS

Your business partner

- Servicios de contabilidad e impuestos
- Servicio de procesamiento de nómina