

# BUEN GOBIERNO Y MEJOR GESTIÓN

Cómo entender y fortalecer el Estado  
en tiempos de pandemia

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR  
DIRECTOR



**G** ACETA  
JURIDICA

**BUEN GOBIERNO Y MEJOR GESTIÓN**  
**Cómo entender y fortalecer el Estado en tiempos de pandemia**

© Juan F. Jiménez Mayor  
Director

© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: enero 2021

1400 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

2021-01061

ISBN: 978-612-311-778-8

Registro de proyecto editorial

31501222100035

Prohibida su reproducción total o parcial

D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero

Diagramación de interiores: José Rivera Ramos

**GACETA JURÍDICA S.A.**

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES

MIRAFLORES, LIMA - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

E-mail: [ventas@gacetajuridica.com.pe](mailto:ventas@gacetajuridica.com.pe)

[www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Enero 2021

Publicado: Febrero 2021

# EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO Y EL RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS COMO HERRAMIENTAS PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hugo Ramiro GÓMEZ APAC<sup>(\*)</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto explicar de qué manera el Análisis de Impacto Regulatorio (en adelante, el RIA<sup>(1)</sup>) y el Régimen de Eliminación de Barreras Burocráticas (en lo sucesivo, el REBB) constituyen herramientas que mejoran la calidad de la actividad regulatoria de la administración pública, específicamente la regulación proveniente del Poder Ejecutivo<sup>(2)</sup> (ministerios y organismos públicos<sup>(3)</sup>), los gobiernos regionales y las municipalidades<sup>(4)</sup>.

El RIA y el REBB se complementan mutuamente. Mientras que el primero busca *ex ante* que el diseño de la regulación administrativa sea legal, eficaz (idónea para resolver el problema planteado) y eficiente (que sus beneficios sean

---

(\*) Magistrado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Exvicepresidente de la Comisión de Protección al Consumidor. Ex secretario técnico de la Sala de Defensa de la Competencia y de la Comisión de Libre Competencia.

(1) Por sus siglas en inglés de *Regulatory Impact Analysis* (o *Regulatory Impact Assessment*).

(2) Regulación contenida en decretos supremos, resoluciones ministeriales, resoluciones viceministeriales y resoluciones directorales.

(3) Organismos públicos ejecutores, organismos técnicos especializados y organismos reguladores.

(4) En esta oportunidad no abordaremos la regulación proveniente de la función legislativa: las leyes expedidas por el Congreso de la República, y los decretos legislativos y de urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo.

mayores a sus costos), el segundo constituye un mecanismo de control *ex post* que elimina del ordenamiento jurídico las barreras burocráticas –contenidas en la regulación ya expedida– que resulten ilegales, ineficaces o ineficientes.

En el presente trabajo, primero mencionaremos cómo a partir del año 2018 se introdujo el concepto de calidad regulatoria en la ley que guía la modernización del Estado peruano. Luego, expondremos lo que es la regulación y daremos cuatro ejemplos de mala regulación, los cuales nos acompañarán a lo largo del ensayo con el objeto de clarificar el contenido de las instituciones que serán tratadas. Acto seguido presentaremos los criterios que permiten evitar una pésima regulación, y a continuación abordaremos la operatividad del RIA y del REBB. Respecto del RIA, además de mostrar sus elementos esenciales, se señalarán los pasos que se han dado en el Perú con el objeto de ir consolidando este instrumento en el diseño de las políticas públicas. Trátese del REBB, se explicará su origen y evolución, para finalmente exponer la ley vigente que desarrolla este régimen, cuyo parámetro de análisis (de legalidad y razonabilidad) guarda correspondencia conceptual con los elementos del RIA.

## II. LA MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

En el Perú, una tarea siempre pendiente ha sido lograr la modernización de la administración pública, conseguir una gestión pública eficiente que brinde servicios de calidad a los ciudadanos. En enero de 2002, hace más de 18 años, se emitió la Ley N° 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado<sup>(5)</sup> (en adelante, la LMMGE), norma que establece que el proceso de modernización de la gestión del Estado y tiene como finalidad la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de modo que se logre una mejor atención a la ciudadanía mediante la priorización y optimización del uso de los recursos públicos<sup>(6)</sup>. Pese al tiempo transcurrido, no es posible sostener que dicho objetivo haya sido alcanzado. Los ejemplos saltan a la vista, como la demora en la reconstrucción del norte del país, devastado por el fenómeno climatológico de El Niño Costero del 2017<sup>(7)</sup>, o la pésima calidad y cobertura de los servicios de salud públicos, cuya ineficiencia la han tenido que sufrir los ciudadanos afectados por la COVID-19.

(5) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero de 2002.  
(6) Artículo 4.

(7) Demora tal que llevó a la necesidad de suscribir un acuerdo de Gobierno a Gobierno con el Reino Unido en junio de 2020 para que este país asuma la construcción de obras de infraestructura por un monto de 7 mil millones de soles (más de 2 mil millones de dólares).

En septiembre de 2018 se expidió el Decreto Legislativo N° 1446<sup>(8)</sup>, que modifica la LMMGE con el objeto de establecer que una eficiente gestión pública no solo es mejorar la calidad de la prestación de bienes y servicios con el propósito de cerrar las brechas existentes, sino también la mejora en la calidad de la regulación. Así, con los cambios efectuados por el Decreto Legislativo N° 1446, el literal h) del artículo 5 de la LMMGE dispone que una de las acciones que sustentan el proceso de modernización de la gestión del Estado es promover y mejorar la calidad de las regulaciones en el ámbito de competencia de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, la PCM), mientras que su incorporado artículo 5-A establece que el Sistema Administrativo de Modernización de la Gestión Pública tiene por finalidad, entre otras, la simplificación administrativa y la mejora de la calidad regulatoria en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo.

De un tiempo a esta parte, hay una mayor preocupación de parte de los hacedores de políticas públicas por establecer mecanismos o instrumentos que mejoren la calidad de la regulación, que esta sea efectiva (que sea idónea para lograr el objetivo perseguido) y eficiente (que sus beneficios sean mayores a sus costos). Dicha preocupación es connatural para todo aquel que tenga una aproximación al Derecho Administrativo, disciplina que estudia las relaciones entre la administración pública y los administrados, y en el que la actividad regulatoria de la primera ocupa un lugar central con relación a los derechos, intereses y obligaciones de los segundos.

La regulación no solo incide en la conducta de los ciudadanos y los agentes económicos, sino que cuesta. Le cuesta a la autoridad administrativa que tiene que aplicarla y a los administrados que tienen que cumplirla. Lo que hay que evitar es que la regulación se convierta en un sobre costo innecesario que afecte la competencia y la competitividad económica.

## III. LA ACTIVIDAD REGULATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El desarrollo de cualquier actividad económica tiene la potencialidad de generar daños a terceros, y estos terceros pueden ser tanto los clientes de la empresa que realiza dicha actividad como ajenos a ella. Un establecimiento de hospedaje que brinda un servicio en pésimas condiciones de higiene puede afectar a sus huéspedes con pulgas y otros parásitos. Una discoteca que emite una bulla infernal en la madrugada afecta la tranquilidad de los vecinos que quieren dormir. Vehículos automotores en malas condiciones técnicas pueden

(8) Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27658 - Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de septiembre de 2018.



autorización (adicional) para el horario especial. Esta autorización tendría una vigencia de 2 años, renovable.

Conforme a la Ordenanza N° 079, para operar un establecimiento comercial entre las 11:00 p. m. y las 03:00 a. m. no solo habla que obtener una habilitación adicional (la autorización para el horario especial), sino que esta debía tramitarse cada 2 años.

Antes de expedir la mencionada ordenanza, ¿la MDLM consultó con la ciudadanía sobre los horarios de funcionamiento que pensaba establecer? Al parecer, no lo hizo. Si lo hubiera hecho, los dueños de las panaderías le habrían advertido que esta clase de negocios necesitan funcionar en la madrugada a efectos de tener listo el pan a las 6:00 a. m. o minutos antes, que es el momento en que las personas adquieren el pan para tomar temprano su desayuno.

La ordenanza no contemplaba a las panaderías entre los establecimientos que podían acogerse al horario extraordinario de 24 horas continuas. En consecuencia, para elaborar y vender pan se tenía que obtener la autorización para el horario especial, lo que de por sí ya significaba un sobre costo para el panadero, pero ni siquiera esta autorización especial le hubiera permitido operar entre las 03:00 a. m. y las 07:00 a.m., ¡que es precisamente el horario en el que se fabrica y vende el pan!

En abril de 2005, Inversiones Paredes Caro S. R. L. (una empresa panadera) denunció a la MDLM ante la Comisión de Acceso al Mercado (en adelante, la CAM) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, el INDECOPI) por la imposición de la barrera burocrática ilegal e irracional contenida en la Ordenanza N° 079, referida a la restricción en el horario de funcionamiento, la cual obstaculizaba el desarrollo de su actividad económica en el mercado<sup>(12)</sup>.

## 2. El monopolio del servicio de revisiones técnicas vehiculares en Lima Metropolitana

El 19 de septiembre de 2004, la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la MML) expidió la Ordenanza N° 694 con el objeto de regular el procedimiento técnico y administrativo del Sistema de Revisiones Técnicas Vehiculares y el funcionamiento de las plantas de revisiones técnicas en Lima Metropolitana. El artículo 3 de esta ordenanza disponía que la prestación del servicio de revisiones técnicas vehiculares se realizaría conforme al contrato

(12) Ver Resolución N° 0175-2005/CAM-INDECOPI del 13 de octubre de 2005 y la Resolución N° 0130-2006/TDC-INDECOPI del 1 de febrero de 2006, recaídas en el Expediente N° 000052-2005/CAM.

de concesión que se suscribiría con la entidad revisora. Al día siguiente, 20 de septiembre, la MML suscribió un contrato de concesión<sup>(13)</sup> con el consorcio conformado por las empresas Lidercon Perú S. A. C. e Ivesur S.A., mediante el cual se otorgó al consorcio concesionario la exclusividad para operar el servicio de revisiones técnicas por el plazo de 16 años en el ámbito de Lima Metropolitana.

Exclusividad significa monopolio, y la exclusividad otorgada por una municipalidad constituye un monopolio legal. El artículo 61 de la Constitución Política de 1993 establece que ninguna ley (y, por tanto, menos una ordenanza municipal) puede establecer monopolios. El texto constitucional simplemente prohíbe los monopolios legales<sup>(14)</sup>.

¿Por qué otorgar el servicio de revisión técnica vehicular en monopolio? ¿No es posible la competencia en la prestación de dicho servicio? ¿Acaso las empresas (talleres mecánicos) que brindan servicios de diagnóstico, reparación y mantenimiento de vehículos no tienen la capacidad de adaptarse, cumplir los requisitos y efectuar dichas revisiones técnicas?

El servicio de revisión técnica es un requisito para la circulación de los vehículos automotores de la misma forma como el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). Por tanto, si el SOAT es ofertado en régimen de competencia por las empresas de seguros, también las revisiones técnicas podrían ser ofrecidas en régimen de competencia<sup>(15)</sup>.

Las ventajas de la competencia con relación al monopolio son muchas. Si bien un proceso de licitación para el otorgamiento de una concesión puede significar la existencia, por una sola vez, de rivalidad "por el mercado" con el objeto ganar el concurso y obtener la exclusividad, un régimen de competencia implica que hay rivalidad "dentro del mercado" todos los días y en todo momento. En consecuencia, un régimen de competencia, con el transcurso del tiempo, puede ofrecer menores precios y mejor calidad que los ofrecidos por el postor ganador en una licitación pública. No solo eso, a diferencia del monopolio, la competencia genera mayores incentivos para ampliar la cobertura del servicio.

(13) Denominado "Contrato de Concesión de la Ejecución de la Infraestructura de las Plantas de Revisiones Técnicas Vehiculares para Lima Metropolitana".  
 (14) Solo se justifica el otorgamiento de una exclusividad si estamos en presencia de un monopolio natural. El servicio de revisión técnica vehicular no es un monopolio natural.  
 (15) Sobre la naturaleza del servicio de revisión técnica: ¿un monopolio legal? *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 3(4), pp. 33-50.

El proceso competitivo promueve las eficiencias productiva e innovativa en el mercado. Por la primera, la empresa reduce los costos de su proceso productivo, y el menor precio resultante de ello permite que un mayor número de consumidores tenga acceso a su producto o servicio. Por la segunda, el incentivo está en invertir en investigación, desarrollo y tecnología con el objeto de mejorar la calidad, ampliar la variedad y generar nuevos productos o servicios, lo que, evidentemente, repercute en la obtención de más clientes. Tales incentivos se pierden en régimen de monopolio.

El 13 de setiembre de 2007, la CAM<sup>(16)</sup> inició un procedimiento de oficio contra la MML por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal

(16) El 1 de marzo de 2007, la Secretaría Técnica de la CAM consultó a la Gerencia Legal del INDECOPI respecto de la facultad legal que tendría la MML para otorgar en concesión a una sola empresa la operación de las plantas de revisiones técnicas de vehículos automotores. El 8 de marzo de ese año, absolviendo dicha consulta, el autor del presente ensayo suscribió el Informe N° 008-2007/GEL, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

"(...) El servicio brindado por una planta de revisión técnica no es un procedimiento administrativo destinado a obtener una habilitación, ni una actividad de fiscalización administrativa, sino que es requisito o exigencia establecido por el ordenamiento para tutelar un interés público, de modo que dicho servicio, como tal, constituye una actividad empresarial susceptible de ser realizada por cualquier agente económico privado autorizado para tal efecto.

(...) La concesión para operar una o más plantas de revisión técnica es equivalente a una autorización como acto habilitante, de modo que no significa la transferencia temporal de una titularidad pública. Y es que el servicio de revisión técnica no es de titularidad del Estado (*publicatio*), sino una actividad económica que toda persona tiene derecho a realizar en ejercicio de su libre iniciativa privada y su libertad de empresa. Claro está, para la expedición del Certificado de Revisión Técnica es necesario obtener la correspondiente autorización, a través de un contrato de concesión, pues así lo exige la normativa sectorial correspondiente.

(...) Al ser el servicio de revisión técnica una actividad empresarial, el Estado (incluyendo a la Municipalidad Metropolitana de Lima) debe velar por que dicha actividad se desarrolle en un entorno que respete la libre competencia y garantice la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.

(...) El artículo 61 de la Constitución Política del Perú prohíbe los monopolios legales. Caben dos interpretaciones sobre este dispositivo constitucional. La primera, apegada al texto literal de la norma de naturaleza prohibitiva, que considera, de manera restrictiva, que todo monopolio legal, sin distinción alguna, está prohibido.

La segunda interpretación, más finalista, considera que solo están prohibidos los monopolios injustificados, los ineficientes. Bajo esta segunda interpretación, no estaría prohibido asignar a una sola empresa la exclusividad de la actividad desarrollada en un mercado determinado siempre y cuando se cumplan dos presupuestos: que en dicho mercado no sea posible la competencia y que exista competencia por el mercado (a través de una licitación pública) al momento de asignar la exclusividad. La competencia por el mercado aseguraría que los consumidores reciban la mejor combinación posible en términos de precio, calidad y cobertura.

(...) Bajo la primera interpretación, la Municipalidad Metropolitana de Lima no se encuentra facultada legalmente para otorgar en concesión a una sola empresa -en el ámbito de su competencia territorial- la operación de las plantas de revisiones técnicas de vehículos automotores, pues ello infringe el artículo 61 de la Constitución Política. Por su parte, bajo la segunda interpretación, tampoco se encontraría facultada, de comprobarse que el mercado de servicios de revisión técnica puede desarrollarse en condiciones de libre competencia".

e irracional materializada en el artículo 3 de la Ordenanza N° 694, por considerar que por vía de remisión expresa al mencionado contrato de concesión, dicha norma había establecido que el servicio de revisiones técnicas vehiculares sería realizado en exclusividad por la empresa concesionaria por el plazo de 16 años<sup>(17)</sup>.

### 3. La prohibición de hoteles de 1 a 3 estrellas en el distrito de San Borja

Entre los años 2006 y 2008, la MML<sup>(18)</sup> y la Municipalidad Distrital de San Borja (en lo sucesivo, la MDSB)<sup>(19)</sup> dispusieron que en este distrito solo podían funcionar hoteles de 4 y 5 estrellas, esto es, prohibieron la instalación de hoteles de 1 a 3 estrellas.

¿Por qué no podían operar en el distrito de San Borja hoteles de 1 a 3 estrellas? ¿Era intención de la autoridad municipal que, en dicho distrito, de clase media, solo funcionen hoteles de lujo? ¿Cuál era el fundamento de la prohibición? El numeral 2.2 del artículo 2 de la Ordenanza N° 1118 de la MML (luego sustituida por la Ordenanza N° 1429) establecía que el objetivo general del Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del Distrito de San Borja era ordenar el desarrollo de las diversas actividades urbanas en función de preservar la calidad residencial del referido distrito.

Si el propósito de la prohibición era conservar a dicho distrito como residencial, la medida era bastante absurda. Primero, porque desde hace tiempo el distrito de San Borja está plagado de establecimientos comerciales y entidades públicas. Basta recorrer las avenidas Canadá, Javier Prado, San Borja Norte y San Borja Sur, Angamos, San Luis o Aviación para apreciar cientos de negocios de diversa naturaleza y las sedes de diversos organismos públicos (como la del INDECOPI). Segundo, porque los hoteles de menor categoría, al ser más pequeños, suelen ser más parecidos a las residencias familiares, mientras que los de mayor categoría, al ser más grandes, suelen ser edificios altos. Por tanto, al autorizar el funcionamiento únicamente de hoteles de 4 y 5 estrellas, el distrito se volvía menos residencial. Y si el asunto iba por la calidad

(17) Ver Resolución N° 0013-2008/CAM-INDECOPI del 24 de enero de 2008 y la Resolución N° 1692-2008/TDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2008, recaídas en el Expediente N° 000101-2007/CAM.

(18) Anexo 1 de la Ordenanza N° 1118 de la MML, que aprueba el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas del Distrito de San Borja, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de marzo de 2008; luego sustituida por la Ordenanza N° 1429 de la MML, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de septiembre de 2010.

(19) Artículo 6 de la Ordenanza N° 369-MSB, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006; y el literal j) del numeral 6 del artículo 16 del Reglamento de Edificaciones y Normas Complementarias de Zonificación del Distrito de San Borja, aprobado por Decreto de Alcaldía N° 002-2008-MSB-A, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2008.

del servicio, debe tenerse presente que los hoteles de menor categoría también deben cumplir los estándares mínimos de higiene, seguridad industrial, medio ambiente y salud<sup>(20)</sup>.

La MDSB pareció haber olvidado que son los consumidores (los huéspedes) los soberanos del mercado y en ejercicio de dicha soberanía son ellos los que, en función de sus preferencias y capacidad de gasto, tienen la libertad de elegir la categoría del hotel en el que van a dormir. La prohibición no solo era discriminatoria, sino que restringía la competencia. Un hotel de 3 estrellas que brinda un buen servicio es un competidor de un hotel de 4 estrellas.

El 17 de febrero de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la CEB) del INDECOPI inició un procedimiento de oficio contra la MDSB y la MML por la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, consistente en la exigencia de contar con una clasificación de 4 estrellas como requisito para operar el giro de hospedaje en el distrito de San Borja<sup>(21)</sup>.

#### 4. La exigencia de que el oxígeno medicinal tenga una pureza del 99 %

Mediante Resolución Ministerial N° 599-2012-MINSA<sup>(22)</sup>, el Ministerio de Salud (en adelante, el MINSA) aprobó el documento técnico denominado "Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales para el Sector Salud" (PNUME 2012), de aplicación obligatoria en todos los establecimientos del sector salud a nivel nacional, el cual exigía que el oxígeno medicinal debía tener una concentración del 99 al 100 % para ser comercializado en el país.

Para alguien ajeno a la medicina podría ser razonable que el oxígeno medicinal tenga una concentración de al menos 99 % para ser suministrado a los pacientes. Sin embargo, dicha razonabilidad se esfuma si se tiene en consideración que, antes de la expedición del PNUME 2012, ya habían empresas con registro sanitario autorizadas para comercializar oxígeno gaseoso de 93 % de concentración; que el MINSA nunca presentó pruebas de que el oxígeno de 93 % fuera nocivo para los pacientes; que diversos establecimientos de salud públicos usaban el oxígeno de 93 %; y que la farmacopea del 2009 de los

(20) Al respecto, ver párrafo 38 de la Resolución N° 0011-2013/SDC-INDECOPI (páginas 14 y 15) de fecha 8 de enero de 2013, recaída en el Expediente N° 000028-2012/CEB-INDECOPI.

(21) Ver Resolución N° 0151-2012/CEB-INDECOPI del 21 de junio de 2012 y la Resolución N° 0011-2013/SDC-INDECOPI del 8 de enero de 2013, recaídas en el Expediente N° 000028-2012/CEB-INDECOPI.

(22) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de julio de 2012.

Estados Unidos de América reconocía la posibilidad de utilizar oxígeno con un grado de concentración del 93 %<sup>(23)</sup>.

Exigir oxígeno medicinal con una concentración mínima del 99 %, en un contexto en el que una concentración del 93 % es igual de satisfactoria para los pacientes es como exigir que los únicos hoteles que pueden operar en un distrito son los que tienen al menos 4 estrellas.

El proceso de fabricar oxígeno de 99 % utiliza una tecnología más cara que la que produce al 93 %. Exigir una mayor pureza redujo la oferta en el mercado, pues solo las pocas empresas que tenían la tecnología para fabricar el gas más puro podían participar en el mercado. ¿Acaso el MINSA quería favorecer a las pocas empresas que tenían la referida tecnología? ¿Qué sentido tenía exigir un oxígeno más puro que el que era utilizado (y fabricado) por los propios hospitales del Estado<sup>(24)</sup>? ¿No se percató dicho ministerio que al restringir la oferta de provisión de oxígeno medicinal ponía en riesgo a la población si es que el país (y el mundo) fuera azotado por una pandemia como la que apareció el 2020 (COVID-19)?

El 14 de octubre de 2010, dos personas jurídicas y una persona natural<sup>(25)</sup> denunciaron al MINSA ante la CEB por la presunta imposición de la barrera burocrática carente de razonabilidad consistente en exigir que el oxígeno medicinal tenga una concentración del 99 % para ser comercializado en el país<sup>(26)</sup>.

#### V. ¿CÓMO EVITAR UNA MALA REGULACIÓN? ¿CÓMO ASEGURAR UNA REGULACIÓN EFICAZ Y EFICIENTE?

Si bien la regulación es necesaria, ella debe ser eficaz (idónea para resolver el problema planteado) y eficiente (sus beneficios mayores a sus costos). La libertad económica (la libre iniciativa privada y la libertad de empresa) es un derecho fundamental reconocido en la constitución, por lo que la limitación de esa libertad a través de la regulación debe ser razonable, pertinente y necesaria, justo en la medida que esa limitación beneficia a la sociedad en mayor proporción que el perjuicio que ella aparece. Y es que ninguna regulación

(23) Ver Resolución N° 0334-2012/CEB-INDECOPI del 22 de noviembre de 2012 y la Resolución N° 1232-2013/SDC-INDECOPI del 31 de julio de 2013, recaídas en el Expediente N° 000151-2010/CEB.

(24) Como era el caso del Hospital Nacional Daniel Alcides Carrión. Ver párrafo 87 de la Resolución N° 1232-2013/SDC-INDECOPI (p. 37) del 31 de julio de 2013.

(25) Operador Logístico Gases Industriales S. A. C., Negociaciones Universal Power S. R. L. y el señor Iván Villalobos Rufino.

(26) Resolución N° 0334-2012/CEB-INDECOPI y Resolución N° 1232-2013/SDC-INDECOPI.

es neutral. Siempre hay beneficios y costos, ganadores y perdedores, más allá de que la ganancia o pérdida sea pueril o caprichosa.

Para diseñar una regulación administrativa eficaz y eficiente, la autoridad (un ministerio, organismo público, gobierno regional o municipalidad) debe empezar por identificar con claridad el problema que pretende solucionar. Es importante saber cuál es la finalidad de la regulación, luego plantear las medidas que resulten idóneas (eficaces) para solucionar el problema identificado (las alternativas regulatorias). Las medidas no idóneas deben ser descartadas. Las medidas idóneas identificadas deben ser conformes con las normas constitucionales y legales vigentes. Las que superen el test de legalidad deben pasar luego por un análisis costo-beneficio que asegure que los beneficios serán mayores a los costos<sup>(27)</sup>. Sería absurdo aprobar una regulación cuyos costos serán mayores a sus beneficios, caso en el cual lo mejor sería simplemente no regular. La opción de no regular es una "opción regulatoria" válida en muchos escenarios, especialmente en aquellos casos en los que la interacción entre la oferta y la demanda (el mercado) puede solucionar el presunto problema identificado por el hacedor de la política pública. Respecto de todas las medidas que superen el análisis costo-beneficio corresponde elegir aquella que sea la opción menos gravosa para los ciudadanos, es decir, la que logra el mayor beneficio social al menor costo social. Luego viene la implementación de la medida. La última etapa consistirá en evaluar el resultado de la medida regulatoria implementada, lo que significa un análisis retrospectivo sobre la eficacia y eficiencia de la medida: si es que en los hechos fue idónea y si es que en realidad los beneficios obtenidos fueron mayores a sus costos. Si el balance final es positivo, la regulación debería continuar; de lo contrario, debería ser eliminada y, eventualmente, sustituida por otra regulación que pase todo el proceso antes descrito.

Para que el proceso de evaluación antes mencionado sea óptimo, se requiere consultar con los destinatarios de la regulación, que son todos los grupos –incluyendo a la autoridad o autoridades involucradas en la aplicación de la regulación– que asumirán sus beneficios o costos, por lo que resulta pertinente, antes de aprobar la regulación, publicar el proyecto de la medida y tomar nota de las observaciones, comentarios o sugerencias que hagan llegar los referidos grupos.

Hacer todo lo mencionado cuesta tanto tiempo como recursos económicos. Los políticos y burócratas responsables del diseño e implementación de la regulación deben ser conscientes que vale la pena invertir en una buena regulación, lo que repercutirá positivamente en la sociedad y en el mérito de su gestión.

(27) Beneficios y costos directos e indirectos, cuantitativos y cualitativos, y de corto, mediano y largo plazo.

En el Perú existen dos instrumentos que apuntan a mejorar la calidad de la regulación administrativa: el RIA y el REBB. El primero puede ser visto como una evaluación *ex ante* que busca diseñar una regulación de calidad. El segundo consiste en un control *ex post* que castiga –como se verá más adelante– la regulación de mala calidad.

## VI. EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (RIA)

El RIA es una herramienta fundamental que ayuda a los gobiernos a evaluar el impacto de la regulación. Es usada para examinar y medir los probables beneficios, costos y efectos de una nueva regulación o de una ya existente (OECD, 2008, p. 7).

Los pasos del RIA son básicamente los siguientes (OECD, 2008, p. 16):

- Definición del contexto y los objetivos de la regulación, en particular la identificación sistemática del problema que proporciona la base para la acción del Gobierno de emitir la regulación.
- Identificación y definición de todas las posibles opciones regulatorias y no regulatorias<sup>(28)</sup> que logren el objetivo de la política.
- Identificación y cuantificación del impacto de las opciones regulatorias consideradas, incluyendo costos, beneficios y efectos distributivos.
- El desarrollo de estrategias de aplicación y cumplimiento para cada opción regulatoria, incluida una evaluación de su efectividad y eficiencia.
- El desarrollo de mecanismos de monitoreo para evaluar el éxito de la propuesta de regulación y para alimentar esa información en el desarrollo de futuras respuestas regulatorias.
- La consulta pública que se debe incorporar sistemáticamente para brindar oportunidad a todas las partes interesadas de participar en el proceso regulatorio. Esto proporciona información importante sobre los costos y beneficios de las alternativas, incluida su efectividad.

En resumen, los componentes esenciales del RIA son: identificar el problema que se pretende resolver con la regulación; definir los objetivos de la regulación; considerar las alternativas a la regulación (o determinar la necesidad de la regulación); efectuar la consulta pública (para obtener mejor información para la toma de decisión); evaluar los impactos (análisis costo-beneficio) de la regulación; implementar y ejecutar la regulación; y, monitorear y evaluar (*ex post*) el desempeño de la regulación (OECD, 2019, p. 20).

(28) Una opción válida a estimarse es la ausencia de regulación.

Bien implementado el RIA, reduce: (i) los efectos perversos y no intencionados de la regulación; (ii) las cargas regulatorias (los sobrecostos) a través de la desregulación y las alternativas a la regulación; (iii) las incongruencias en la regulación (las medidas contraproducentes, las medidas no idóneas) y la falta de experiencia; y, (iv) la falta de capacidad institucional y de profesionalización en la regulación (OECD, 2019, p. 18).

Es fácil percatarse que la MDLM, la MDSB, la MML y el MINSa no aplicaron el RIA a las regulaciones mencionadas en la sección 4 del presente ensayo. Hubiera bastado efectuar una consulta pública para que la MDLM advirtiera que había negocios (las panaderías) que necesitaban operar entre las 3:00 a. m. y las 7:00 a. m. ¿Había una alternativa menos gravosa (para la sociedad) que otorgar en monopolio el servicio de revisiones técnicas vehiculares? Pues sí, otorgarlo en régimen de competencia. Si lo que la MDSB y la MML querían era preservar la calidad residencial del distrito de San Borja, ¿no era una medida contraproducente autorizar únicamente hoteles de 4 y 5 estrellas? ¿Se tuvo en consideración los costos de la restricción de la oferta de establecimientos de hospedaje sobre el mercado y la competencia? ¿Se analizó la constitucionalidad y legalidad de prohibir el funcionamiento de hoteles de 1 a 3 estrellas? ¿Se identificaron a todos los grupos que ganaban y perdían con la exigencia de que solo el oxígeno medicinal con una pureza mínima del 99 % podía ser comercializado? ¿Se evaluó como costo de mediano y largo plazo el hecho de que restringir la oferta de oxígeno medicinal podía ser contraproducente si el país era azotado por una pandemia que afectara las vías respiratorias de la población?

En el Perú se han dado pasos importantes en el camino de consolidar el RIA (o al menos algunos de sus componentes), como instrumento de diseño de las políticas públicas, en particular aquellas a cargo de las autoridades administrativas. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa<sup>(29)</sup> del año 2006 establece que los proyectos de decretos supremos (normas a través de las cuales se reglamentan las normas con rango de ley) deben contener una exposición de motivos, análisis costo beneficio<sup>(30)</sup> y el análisis de impacto de la vigencia de la norma en la

(29) Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de marzo de 2006.

(30) "Artículo 3.- Análisis costo beneficio

3.1. El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilita apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables. La necesidad de la norma debe estar justificada dada la naturaleza de los problemas, los costos y beneficios probables y los mecanismos alternativos para solucionarlos. (...)"

legislación nacional. Los cuatro organismos reguladores –OSINERGMIN<sup>(31)</sup>, OSITRAN<sup>(32)</sup>, OSIPTEL<sup>(33)</sup> Y SUNASS<sup>(34)</sup>– han decidido encauzar su actividad regulatoria a través del RIA. Dentro del Ministerio de la Producción se creó la Oficina General de Evaluación de Impacto y Estudios Económicos<sup>(35)</sup> como responsable de evaluar el impacto socioeconómico de las políticas e intervenciones de dicho ministerio. En la PCM<sup>(36)</sup> se creó la Subsecretaría de Simplificación y Análisis Regulatorio (al interior de la Secretaría de Gestión Pública) con competencia para diseñar, elaborar, actualizar, proponer e implementar políticas, planes y estrategias en materia de simplificación administrativa y acciones sobre calidad regulatoria. En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos<sup>(37)</sup> se creó la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria, la cual aprobó la *Guía sobre el análisis de impacto regulatorio: Introducción a la evaluación post regulatoria*<sup>(38)</sup>.

Con el fin de promover una mayor simplificación administrativa, en diciembre de 2016 se creó el Análisis de Calidad Regulatoria (ACR)<sup>(39)</sup> aplicable a los procedimientos administrativos, con la finalidad de identificar, eliminar y/o simplificar aquellos procedimientos que resulten innecesarios, ineficaces, injustificados, desproporcionados, redundantes o que no se encuentren

- (31) La Gerencia de Políticas y Análisis Económico del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería aprobó en mayo de 2016 la *Guía de Política Regulatoria N° 1: Guía Metodológica para la realización del Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin*.
- (32) Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 047-2017-CD-OSITRAN del 27 de diciembre de 2017, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobó el *Manual de Análisis de Impacto Regulatorio del OSITRAN*.
- (33) Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 69-2018-CD-OSIPTEL, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2018, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones aprobó los *Lineamientos de Calidad Regulatoria de OSIPTEL*.
- (34) En diciembre de 2019, la Presidencia Ejecutiva de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento anunció la implementación del RIA en la SUNASS (Lucich, 2019).
- (35) Según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2017-PRODUCE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 2 de febrero de 2017.
- (36) Según el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2017-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de febrero de 2017.
- (37) Según el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2017-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio de 2017.
- (38) Por Resolución Directoral N° 004-2017-JUS/DGDNCR del 13 de diciembre de 2017.
- (39) Mediante Decreto Legislativo N° 1310, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2016, modificado por Decreto Legislativo N° 1448, que perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de setiembre de 2018.

adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento. El ACR también tiene como objetivo determinar y reducir las cargas administrativas que se generan a los administrados como consecuencia del trámite de un procedimiento administrativo. Mediante el ACR se evalúan los principios de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad de los procedimientos administrativos<sup>(40)</sup>.

Un estudio del Gobierno peruano realizado el 2019 señala que, gracias a la aplicación del ACR, 734 procedimientos administrativos fueron eliminados y 363 procedimientos fueron sujetos a simplificación (se eliminaron 275 requisitos y se simplificaron 783 requisitos), reduciendo la carga administrativa en 87 millones de dólares aproximadamente. Dicho estudio afirma que el ACR previene la corrupción (al evitar la arbitrariedad en la atención de los trámites a los ciudadanos), ordena el *stock* de trámites (al permitir contar con un catálogo de trámites actualizados), promueve la transparencia (al permitir acceder a información actualizada, ordenada, completa y veraz), genera predictibilidad y confianza (al producir información confiable sobre cada trámite), fomenta la competitividad y el uso racional de los recursos (al generar ahorro en los ciudadanos y dinamismo económico) y mejora la gestión estatal (al fortalecer las capacidades para la mejora regulatoria) (Gobierno del Perú, s.f. pp. 6 y 8).

La mejora de la calidad regulatoria es un proceso ordenado, integral, coordinado, gradual y continuo, orientado a promover la eficiencia, eficacia, transparencia y neutralidad en el ejercicio de la función normativa del Estado. Fomenta una cultura de gestión gubernamental centrada en el ciudadano, por la cual la administración pública decide usar la regulación como un instrumento para alcanzar un objetivo de política pública, adoptando la decisión de regular basado en evidencia, racionalidad, evaluación de sus posibles impactos y cargas administrativas, con la finalidad de generar y facilitar el desarrollo integral y bienestar social<sup>(41)</sup>.

El literal c) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1448 de septiembre de 2018 establece que un instrumento para la mejora de la calidad regulatoria es el RIA *ex ante* y *ex post*. Si el RIA es aplicado correctamente por todas las entidades de la administración pública, casos como el del horario de funcionamiento de panaderías, el monopolio del servicio de revisiones técnicas vehiculares, la prohibición de hoteles de 1 a 3 estrellas y la reducción de la oferta de oxígeno medicinal no deberían volver a ocurrir.

(40) Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1448.

(41) Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1448.

## VII. EL RÉGIMEN DE ELIMINACIÓN DE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS (REBB)

### 1. La reforma del Estado que sustentó la dación del REBB

A inicios de la década de los noventa del siglo pasado se dio una profunda reforma del rol del Estado en la economía. De un Estado intervencionista que desconfiaba del mercado y que creía en la actividad empresarial pública, en el cierre del mercado nacional (aranceles altos para proteger la industria nacional), en una excesiva regulación que incluía controles de precios, y en la emisión descontrolada de moneda para reducir el déficit fiscal<sup>(42)</sup>, se pasó a un Estado menos intervencionista que apostó por el mercado como el mecanismo más eficiente para la asignación de los recursos, la creación de riqueza y el desarrollo económico. El nuevo rol del Estado significó desregulación, privatizaciones, apertura comercial y la dación de un marco normativo predecible de respeto de la libertad económica, de promoción de la inversión privada, y de defensa de la competencia y protección de los consumidores.

Es en ese contexto que se crea el INDECOPI en noviembre de 1992<sup>(43)</sup>, encargándosele la defensa de la libre competencia, la fiscalización del *dumping* y los subsidios, la protección al consumidor, la supervisión de la publicidad, la represión de la competencia desleal, y la protección de la propiedad intelectual (el derecho de autor y la propiedad industrial). Un mes después se le otorgó competencia con relación a las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas.

La competencia o rivalidad de las empresas por obtener las preferencias de los consumidores permite a estos el acceso de productos o servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad, y de manera más fácil y rápida. Dado estos beneficios, la competencia no solo constituye un principio jurídico ordenador de la economía, sino también un bien jurídico merecedor de tutela, por lo que se sancionan las conductas que lesionan el proceso competitivo: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias.

Pero los beneficios de la competencia pueden perderse si la administración pública impone barreras o sobrecostos que restringen la entrada de las empresas al mercado o dificultan su permanencia en él. ¿Cómo favorecer la competencia si es el propio Estado, a través de su regulación administrativa, el que limita dicha competencia? Si bien tiene sentido de que se emita

(42) Que en conjunto provocaron escasez de productos, mercados negros, un excesivo gasto público, emisión monetaria e hiperinflación.

(43) Mediante el Decreto Ley N° 25868 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de noviembre de 1992, actualmente derogado.

regulación tendiente a evitar que los agentes económicos dañen a terceros al desarrollar sus actividades económicas, dicha regulación debe ser legal y razonable; de lo contrario, impondrá sobrecostos que afecten la competitividad económica de las empresas, así como prohibiciones, limitaciones o exigencias que entorpezcan el proceso competitivo al limitar la entrada de empresas al mercado.

Es así que, con el fin de coadyuvar a la eficacia de la ley de defensa de la competencia, se consideró pertinente otorgar al INDECOPI la competencia para eliminar las barreras burocráticas ilegales o irracionales que impidían o dificultaban el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Tales barreras podían consistir en la exigencia de requisitos o trámites, autorizaciones o permisos carentes de sustento legal o de razonabilidad, así como prohibiciones para el desarrollo de actividades, el otorgamiento de monopolios legales, entre otras distorsiones a la competencia.

La eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad permite una mayor simplificación administrativa, procura que más empresas entren al mercado o evita que salgan de él, lo que en cualquier caso promueve una mayor competencia, y al eliminar sobrecostos para las empresas fomenta la competitividad económica de estas y del país en general.

## 2. Evolución normativa del REBB<sup>(44)</sup>

El REBB nace en diciembre de 1992 al crearse dentro del INDECOPI la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado<sup>(45)</sup> con la potestad de supervisar que no se impusieran barreras burocráticas que impidieran u obstaculizaran el acceso o salida de las empresas de la actividad económica, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre simplificación administrativa contenidas en Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada<sup>(46)</sup>.

En abril de 1996 se incorporó el artículo 26 BIS<sup>(47)</sup> al Decreto Ley N° 25868 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, norma que creó a la CAM y le otorgó competencia para conocer sobre los actos y disposiciones

- (44) En esta sección, y por razones de espacio, se expone un resumen bastante apretado de la evolución normativa del régimen de eliminación de barreras burocrática.
- (45) A través de la segunda y tercera disposiciones complementarias del Decreto Ley N° 26116 - Ley de Restructuración Empresarial, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 1992.
- (46) Aprobada por Decreto Legislativo N° 757, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de noviembre de 1991.
- (47) Por mandato del artículo 50 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de abril de 1996.

de las entidades de la administración pública que impusieran barreras burocráticas que impidieran u obstaculizaran ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Dicho artículo 26 BIS establecía que, si la barrera burocrática había sido establecida en un decreto supremo o resolución ministerial, la mencionada Comisión no podía ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones<sup>(48)</sup>, sino que su pronunciamiento se canalizaba a través de un informe que sería elevado a la PCM para ser puesto en conocimiento del consejo de ministros a fin de que este adoptara las medidas que correspondían.

Luego de ello, se expidió una serie de leyes que restringieron, restituyeron y ampliaron las competencias de la CAM. Para no extendernos demasiado, basta con mencionar que en abril de 2007<sup>(49)</sup> se reconoció la competencia de la CAM para pronunciarse sobre las barreras burocráticas establecidas por decreto supremo, resolución ministerial y normas municipales o regionales de carácter general (ordenanzas regionales y municipales), así como para disponer la inaplicación de la barrera identificada al caso concreto.

En junio de 2008 se expidió una nueva Ley de Organización y Funciones del INDECOPI<sup>(50)</sup>, cambiando el nombre de dicha Comisión por el de CEB, nombre que conserva hasta la fecha. Conforme a dicha ley, la CEB aplica las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y a las empresas, y vela por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa; todo ello con el objeto de proteger los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa<sup>(51)</sup>.

En julio de 2013<sup>(52)</sup> y septiembre de 2015<sup>(53)</sup> se reforzaron las facultades de la CEB, pues se estableció que las barreras burocráticas no solo podían estar contenidas en actos y disposiciones administrativas, sino en cualquier otra

- (48) El artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 facultaba a la CAM a imponer multas de hasta 5 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) al funcionario o funcionarios que impusieran la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso.
- (49) Mediante Ley N° 28996 - Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2007.
- (50) Aprobado por Decreto Legislativo N° 1033, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de junio de 2008.
- (51) De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 (numeral 2.1, literal a) y 23 del Decreto Legislativo N° 1033.
- (52) Mediante Ley N° 30056, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de julio de 2013.
- (53) Por Decreto Legislativo N° 1212, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de septiembre de 2015.

modalidad de actuación de la administración pública; se elevó hasta 20 UIT las sanciones que podía imponer dicha Comisión a los servidores civiles<sup>(54)</sup> y a las entidades públicas que impusieran las barreras declaradas ilegales o carentes de razonabilidad; se dejó claramente establecido que la CEB podía emitir órdenes de eliminación y/o inaplicación de dichas barreras; entre otras.

### 3. El análisis de legalidad y razonabilidad del REBB

Independientemente de si la CAM (o la CEB) podía declarar, inaplicar o eliminar la barrera burocrática identificada como ilegal o irracional, el pronunciamiento del INDECOPI se caracterizó por efectuar dos tipos de análisis sobre la barrera denunciada: el análisis de legalidad y el de razonabilidad, que es el asunto que nos interesa por su vinculación con la calidad regulatoria.

El análisis de legalidad consistía en evaluar lo siguiente:

- Legalidad de fondo (atribuciones): si la ley otorgaba a la entidad pública denunciada la competencia para crear la barrera burocrática (v. gr., si la Ley Orgánica de Municipalidades facultaba a las municipalidades prohibir el funcionamiento de hoteles de 1 a 3 estrellas).
- Legalidad de fondo (infracción directa): si la barrera burocrática denunciada violaba o no alguna ley del ordenamiento jurídico (v. gr., si prohibir el funcionamiento de hoteles de 1 a 3 estrellas violaba o no la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, norma que garantiza la libre iniciativa privada).
- Legalidad de forma: si la entidad pública había creado la barrera utilizando el instrumento legal idóneo (v. gr., una ordenanza municipal) y a través del procedimiento y formalidades previstos en la ley (v. gr., la aprobación de la ordenanza por el concejo municipal y su publicación en el diario oficial *El Peruano*).

El análisis de razonabilidad (o test de razonabilidad) consistía en verificar lo siguiente:

- Si la barrera burocrática denunciada se justificaba en un interés público (v. gr., que prohibir los hoteles de 1 a 3 estrellas tenía por objeto salvaguardar la salud de la población).
- Si la barrera era proporcional (análisis costo-beneficio) a los fines del interés público que pretendía alcanzar (v. gr., que prohibir los hoteles de 1 a 3 estrellas tenía más beneficios que costos).

(54) Funcionarios o servidores públicos.

- Si no existían otras medidas menos gravosas que logran la finalidad buscada (v. gr., que no existía otra medida menos gravosa distinta a la prohibición para salvaguardar la salud de la población).

En el caso del horario de funcionamiento de las panaderías, el INDECOPI declaró que la limitación del horario de atención al público, dispuesta a través de la Ordenanza N° 079, era una barrera burocrática irracional, pues pese a que la MDLM estaba obligada a demostrar que su regulación era proporcional, se limitó a señalar que la restricción impuesta obedecía a que el distrito de La Molina era residencial y ecológico y debía garantizar la tranquilidad del vecindario<sup>(55)</sup>.

Respecto del otorgamiento de un monopolio para prestar el servicio de revisiones técnicas vehiculares, el INDECOPI declaró que ello constituía una barrera burocrática ilegal, pues violaba no solo el artículo 61 de la Constitución (que prohíbe los monopolios legales), sino también el artículo 6 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que deroga toda reserva a favor del estado, es decir, que también prohíbe la creación de monopolios legales<sup>(56)</sup>.

Tratándose de la exigencia de contar con una clasificación mínima de 4 estrellas como requisito para obtener una licencia de funcionamiento para operar con el giro de hotel en el distrito de San Borja, el INDECOPI declaró que ello constituía una barrera burocrática ilegal, pues violaba el artículo 9 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, según el cual toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente<sup>(57)</sup>.

En relación con la exigencia de que el oxígeno medicinal debía tener una concentración mínima de 99 % para ser comercializado en el país, el INDECOPI declaró que esta regulación constituía una barrera burocrática carente de razonabilidad, pues el MINSA no había acreditado que la exigencia cuestionada fuera idónea para salvaguardar la salud de las personas (el propio ministerio había reconocido en el procedimiento que el oxígeno medicinal de una concentración de 93 % no había generado efectos adversos en los pacientes que lo había utilizado), como tampoco había probado haber evaluado los costos que generaría la aplicación de dicha regulación en los agentes económicos que ofertaban oxígeno medicinal de 93 %, en el mercado en general y en los consumidores<sup>(58)</sup>.

(55) Resolución N° 0130-2006/TDC-INDECOPI.

(56) Resolución N° 1692-2008/TDC-INDECOPI.

(57) Resolución N° 0011-2013/SDC-INDECOPI.

(58) Resolución N° 1232-2013/SDC-INDECOPI.

Entre el 2013 y el 2017 se eliminaron 3447 barreras burocráticas en forma de requisitos, derechos de tramitación, plazos regímenes de silencio administrativo que no se adecuaban al ordenamiento jurídico vigente (López y Ghersinich, 2020, p. 4).

#### 4. El Decreto Legislativo N° 1256 - Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas

Mediante Decreto Legislativo N° 1256 de diciembre de 2016<sup>(59)</sup> se aprobó la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas con la finalidad de supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, 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 garanticen la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública.

Dicha ley define como barrera burocrática toda exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad pública, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa<sup>(60)</sup>.

Cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte o de oficio el INDECOPI<sup>(61)</sup> declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales<sup>(62)</sup>. En los procedimientos iniciados de oficio en los que se declare la carencia de razonabilidad de barreras burocráticas contenidas en disposiciones administrativas,

(59) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de diciembre de 2016.

(60) Numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1256.

(61) La CEB o la segunda instancia administrativa: In Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la Sala).

(62) La inaplicación con efectos generales opera a partir del día siguiente de publicado el extracto de la resolución emitida por la CEB o la Sala, de ser el caso, en el diario oficial *El Peruano*. En aquellos procedimientos iniciados de parte con posterioridad a la referida publicación en los que se denuncie la aplicación de una barrera burocrática declarada ilegal, materializada en la misma disposición administrativa inaplicada con efectos generales, la CEB encauza el escrito presentado como una denuncia informativa de incumplimiento de mandato.

el INDECOPI ordena la publicación de un extracto de la resolución en el diario oficial *El Peruano*<sup>(63)</sup>.

Adicionalmente, cuando en un procedimiento iniciado a pedido de parte, el INDECOPI declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos y/o actuaciones materiales, dispone su inaplicación al caso concreto a favor de la persona natural o jurídica denunciante<sup>(64)</sup>.

El análisis de legalidad y razonabilidad previsto en el Decreto Legislativo N° 1256 es prácticamente un control *ex post* bajo los parámetros del RIA, tal como se aprecia a continuación:

- El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que se evalúen los siguientes aspectos<sup>(65)</sup>:
  - a) Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la autoridad administrativa a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.
  - b) Si dicha autoridad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.
  - c) Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo legal<sup>(66)</sup>.
- El análisis de razonabilidad<sup>(67)</sup> implica verificar el cumplimiento de los siguientes elementos<sup>(68)</sup>:
  - a) Que la regulación no es arbitraria, lo que implica que la autoridad administrativa denunciada acredite:
    - i) La existencia del interés público que sustentó la barrera burocrática cuestionada. El interés público alegado debe

(63) Artículos 8 y 9.

(64) Artículo 10.

(65) Artículo 14.

(66) Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas no es necesario que la CEB o la Sala continúe con el análisis de razonabilidad. Si la CEB o la Sala desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad.

(67) El análisis de razonabilidad se realizará siempre y cuando haya indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la regulación denunciada.

(68) Artículos 15, 16 y 18.

encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la autoridad denunciada.

- ii) La existencia del problema que se pretendía solucionar con la barrera burocrática cuestionada.
  - iii) Que la barrera burocrática cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la barrera burocrática.
- b) Que la regulación es proporcional a sus fines, lo que implica que la autoridad administrativa denunciada acredite:
- i) Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la barrera burocrática 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.
  - ii) Que la referida evaluación permite concluir que la barrera burocrática genera mayores beneficios que costos.
  - iii) Que otras 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.

Además de prever un régimen sancionador contra los servidores civiles y las entidades públicas que imponen las barreras burocráticas declaradas ilegales o carentes de razonabilidad, con multas de hasta 20 UIT, la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas contempla un capítulo dedicado a actividades de persuasión, como la elaboración y difusión del *ranking* de entidades en materia de barreras burocráticas, la abogacía para la eliminación de barreras en leyes, el reporte de acciones tomadas para la eliminación de barreras burocráticas, el portal sobre eliminación de barreras burocráticas, y la difusión de resoluciones de inicio de procedimientos a pedido de parte o de oficio.

El *ranking* de entidades públicas en materia de barreras burocráticas comprende la lista de entidades con la mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales o irrazonables identificadas por el INDECOPI; la lista de las entidades que cuentan con la mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente, antes del inicio de un procedimiento administrativo o antes de la emisión de la resolución final (que haya agotado la vía administrativa); y la lista de entidades que han implementado medidas de prevención de eliminación de barreras burocráticas.

El 2018 se eliminaron voluntariamente 2713 barreras burocráticas, ya sea producto de investigaciones de oficio o de procedimiento iniciados de oficio. Ese año se publicaron 24 resoluciones de la CEB disponiendo la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales y contenidas en disposiciones administrativas (INDECOPI, diciembre 2018, pp. 28-30; INDECOPI, junio 2019, pp. 25-28).

Al cierre del primer semestre del 2018, las entidades de la administración pública con la mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente fueron la Municipalidad Provincial de Barranca - Lima (366 barreras) y el MINSA (306 barreras), mientras que las entidades que en ese periodo impusieron la mayor cantidad de barreras declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad fueron la Municipalidad Distrital de Pucusana - Lima (46 barreras) y el Ministerio de Defensa (42 barreras) (INDECOPI, diciembre 2018, pp. 28-30; INDECOPI, junio 2019, pp. 25-28).

Al cierre del segundo semestre del 2018, las entidades de la administración pública con la mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente fueron la Municipalidad Distrital de Castilla - Piura (281 barreras) y la Municipalidad Provincial de Piura (267 barreras), mientras que las entidades que durante ese periodo impusieron la mayor cantidad de barreras declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad fueron la Municipalidad Distrital de Carmen de La Legua-Reynoso - Lima (101 barreras) y la Municipalidad Provincial de Cañete - Lima (48 barreras) (INDECOPI, diciembre 2018, pp. 28-30; INDECOPI, junio 2019, pp. 25-28).

El 2019 se eliminaron voluntariamente 1510 barreras burocráticas, ya sea producto de investigaciones de oficio o de procedimiento iniciados de oficio. Ese año se publicaron 27 resoluciones de la CEB y de la Sala disponiendo la inaplicación con efectos generales de barreras burocráticas declaradas ilegales y contenidas en disposiciones administrativas (INDECOPI, diciembre 2019, pp. 25-27; INDECOPI, junio 2020, pp. 32-36).

Al cierre del primer semestre del 2019, las entidades de la administración pública con la mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente fueron la Municipalidad Provincial de Islay - Arequipa (468 barreras) y la Municipalidad Distrital de Yanahuara - Arequipa (244 barreras), mientras que las entidades que en ese periodo impusieron la mayor cantidad de barreras declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad fueron el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (44 barreras) y el Ministerio de Defensa (30 barreras) (INDECOPI, diciembre 2019, pp. 25-27; INDECOPI, junio 2020, pp. 32-36).

Al cierre del segundo semestre del 2019, las entidades de la administración pública con la mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas

voluntariamente fueron el Gobierno Regional de Arequipa (715 barreras) y la Municipalidad Provincial de Tacna (376 barreras), mientras que las entidades que en ese periodo impusieron la mayor cantidad de barreras declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad fueron el Ministerio de Defensa (131 barreras) y la Municipalidad Provincial de Yunguyo - Puno (98 barreras) (INDECOPI, diciembre 2019, pp. 25-27; INDECOPI, junio 2020, pp. 32-36).

Para tener una idea del impacto económico de la imposición de las barreras burocráticas, el costo directo e indirecto de 5864 barreras burocráticas (5236 eliminadas voluntariamente, 534 inaplicadas con efecto general, 86 inaplicadas con efecto particular y 8 identificadas) fue de más 29 millones de dólares (López y Gherinich, 2020).

### VIII. CONCLUSIONES

Un anhelo pendiente hasta la fecha es lograr la modernización de la administración pública peruana. Una modernización que nos lleve a garantizar a los ciudadanos la provisión de productos y servicios que cierren las brechas existentes, así como a mejorar la calidad de la regulación administrativa.

Hablar de calidad es hablar de una regulación eficaz y eficiente. Eficaz porque ella es idónea para resolver el problema identificado; y eficiente porque sus beneficios son mayores a sus costos. La regulación limita la libertad en términos generales, y la libertad económica en términos particulares. Dado que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú, la regulación debe ser razonable, pertinente y necesaria. Los hacedores de políticas públicas deben entender que la regulación cuesta, le cuesta a la autoridad administrativa que la va a aplicar y a los administrados que la tienen que cumplir. Si la regulación no es capaz de asegurar más beneficios que costos, lo mejor es no regular. La ausencia de regulación es una respuesta válida, especialmente en aquellos escenarios en los que la interacción entre la oferta y la demanda puede solucionar el presunto problema identificado por el político o burócrata. Si el mercado lo puede solucionar, la intervención regulatoria resulta innecesaria.

La experiencia demuestra que nuestras autoridades han sido proclives a una pésima regulación. En el presente ensayo se han mencionado cuatro ejemplos de mala regulación: (i) la que se expidió sin consultar a los ciudadanos, sus destinatarios; (ii) la que prefería que un servicio se brinde en régimen de monopolio en lugar de competencia; (iii) la que restringía la oferta en el mercado, reduciendo las opciones de elección de los consumidores; y, (iv) la que restringía la oferta en el mercado de un producto necesario para salvar vidas en época de pandemia.

Existen dos instrumentos que buscan la mejora de la calidad regulatoria: el Análisis de Impacto Regulatorio (RIA) y el Régimen de Eliminación de Barreras Burocráticas (REBB). El primero sirve para diseñar *ex ante* una regulación legal, eficaz y eficiente. El segundo efectúa un control *ex post* y castiga con inaplicación y sanciones las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad.

Diversas entidades públicas (ministerios, organismos reguladores) vienen encauzando su actividad regulatoria a través del RIA. En los últimos años se ha dado un fuerte impulso a un primo cercano del RIA, el Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) aplicable a los procedimientos administrativos. Gracias al ACR se han eliminado y simplificado cientos de procedimientos administrativos, reduciendo la carga administrativa en millones de dólares. El ACR previene la corrupción, ordena el *stock* de trámites, promueve la transparencia, genera predictibilidad y confianza, fomenta la competitividad y el uso racional de los recursos, y mejora la gestión estatal. El futuro se ve auspicioso desde que el Decreto Legislativo N° 1448, de septiembre de 2018, establece de manera general que un instrumento para la mejora de la calidad regulatoria es el RIA *ex ante* y *ex post*.

El REBB nace en diciembre de 1992 como parte de la política de competencia. Se le encarga al INDECOPI la eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que restringen u obstaculizan el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado. El REBB coadyuva en la simplificación administrativa y promueve más competencia, la cual tiene como principal beneficiario a los consumidores. Si bien la evolución normativa del REBB está impregnada de retrocesos y avances, la dación del Decreto Legislativo N° 1256 - Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas en diciembre de 2016, marca un hito importante en este instrumento pro competencia que es único en el mundo. Solo el Perú lo tiene y se está convirtiendo en un producto de exportación. Las estadísticas que se encuentran en los documentos colgados en la página web del INDECOPI evidencian que por virtud del REBB y las actividades de persuasión a cargo del INDECOPI, como es el *ranking* de entidades en materia de barreras burocráticas, en los últimos años se han eliminado miles de barreras burocráticas, lo que evidentemente ha beneficiado al ciudadano de a pie y a las empresas, para las que es más fácil entrar y permanecer en el mercado. Menos barreras burocráticas son menos sobrecostos, y menos sobrecostos fomentan la competitividad económica de las empresas y del país en general.

La aplicación conjunta del RIA y el REBB solo trae beneficios para la sociedad y los mercados. Una simbiosis positiva que mejora la calidad de la regulación administrativa, profundiza la simplificación administrativa, elimina

sobrecostos, promueve la competencia y la competitividad económica, todos estos catalizadores importantes para el crecimiento económico y la reducción de la pobreza. El RIA y el REBB son herramientas valiosas para la modernización de la administración pública y la defensa de la libertad económica.

## REFERENCIAS

- ▶ Gobierno del Perú. (S.f). *Perú: La experiencia con el Análisis de Calidad Regulatoria - ACR*. Recuperado de <https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/Per%20La-experiencia-con-el-An%20Análisis-de-Calidad-Regulatoria-ACR.pdf>
- ▶ INDECOPI. (Junio 2020). *Boletín Semestral de Eliminación de Barreras Burocráticas, 19(36)*.
- ▶ INDECOPI (Arévalo, V., Farje, D., Guimaray, A., Malpartida, J. y Alemán, M.). (Diciembre 2019). *Boletín Semestral de Eliminación de Barreras Burocráticas, 18(35)*. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/7287>
- ▶ INDECOPI (Arévalo, V., Farje, D., Guimaray, A., Malpartida, J., Alemán, M.). (Junio 2019). *Boletín Semestral de Eliminación de Barreras Burocráticas, 17(34)*. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7286/A%20B1o%2017%20No%2034.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ▶ INDECOPI (Arévalo, V., Guimaray, A., Malpartida, J.). (Diciembre 2018). *Boletín Semestral de Eliminación de Barreras Burocráticas, 16(33)*. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7285/A%20B1o%2016%20No%2033.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ▶ López, S. y Ghersinich, J. (2020). *Estados ágiles en América Latina: resultados y desafíos de la estrategia de simplificación administrativa del Perú*. Nota elaborada para la CAF Banco de Desarrollo de América Latina (Policy Brief #19). Corporación Andina de Fomento.
- ▶ López, S. y Ghersinich, J. (2020). *Policy Brief #19. Estados ágiles en América Latina: resultados y desafíos de la estrategia de simplificación administrativa del Perú*. Corporación Andina de Fomento. Recuperado de [https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1644/Estados\\_agiles\\_en\\_America\\_Latina\\_resultados\\_y\\_desafios\\_de\\_la\\_estrategia\\_de\\_simplificacion\\_administrativa\\_del\\_Peru.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1644/Estados_agiles_en_America_Latina_resultados_y_desafios_de_la_estrategia_de_simplificacion_administrativa_del_Peru.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- ▶ Lucich, I. (2019). *Implementación del análisis de impacto regulatorio (RIA) en la SUNASS*. Recuperado de [http://www.sunass.gob.pe/doc/presentacion\\_ria\\_ivian\\_lucich.pdf](http://www.sunass.gob.pe/doc/presentacion_ria_ivian_lucich.pdf)

- ▶ Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD. (2008). *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers*, OCDE (Regulatory Policy Division - Directorate for Public Governance and Territorial Development), versión 1.1. Recuperado de <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>
- ▶ Organisation for Economic Co-operation and Development - OECD. (2019). *Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014-16*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>