

El derecho administrativo y la competitividad económica del país

3 abril, 2021 | 269 vistas

Hugo R. Gómez Apac

Profesor en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico.

La mejor forma de reducir la pobreza y el desempleo es con inversión, pero con inversión privada sostenible. Del 2008 a 2014, en Ecuador se redujo la pobreza gracias a la inversión pública, pero esta inversión estuvo financiada, principalmente, con el incremento del precio del petróleo, el principal producto de exportación de dicho país, y como el precio de este hidrocarburo empezó a caer desde el 2015, también cayó la inversión pública, por lo que la pobreza comenzó a subir desde mediados del 2015 y en adelante.

¿Cómo lograr inversión privada sostenible? Son varios los factores en juego. Estabilidad macroeconómica, disciplina fiscal, un banco central independiente, control de la inflación, mercados abiertos y competitivos, una legislación laboral flexible, un esquema tributario razonable, un clima de incentivos y seguridad jurídica para las inversiones, trato igualitario entre inversión privada y pública y entre actividad empresarial privada y pública, y una regulación administrativa que imponga los menores sobrecostos posibles a las empresas.

El Perú ha firmado 21 acuerdos comerciales: 15 tratados de libre comercio (Estados Unidos, Canadá, Singapur, China, EFTA, Corea del Sur, Panamá, Unión Europea, Costa Rica, Honduras, Australia, Chile, México, Tailandia, Reino Unido), 2 zonas de libre comercio (Comunidad Andina, Alianza del Pacífico), 2 acuerdos de complementación económica (Mercosur, Cuba), 1 acuerdo de asociación económica (Japón) y 1 acuerdo de alcance parcial (Venezuela). Adicionalmente, forma parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).^[1]

Mayor inversión privada y mayores exportaciones significan menos pobreza y más empleo^[2]. Para promover las exportaciones, el comercio interno y que la inversión privada obtenga los resultados esperados, las empresas deben ser competitivas. Por tanto, una política de Estado, prioritaria para el crecimiento económico, es generar un entorno que promueva la competitividad económica del país.

¿Cómo promovemos la competitividad económica? Con los mismos factores que promueven la inversión privada y, además, con un marco legal que defienda la libre y leal competencia, que tutele los derechos de los consumidores, que proteja los derechos de propiedad intelectual y que facilite el ingreso y salida de las empresas del mercado. Estamos hablando de las competencias del Indecopi, que después de 28 años de funcionamiento como organismo público descentralizado se ha ganado un sitio, esperamos, en la Constitución Política, como organismo constitucionalmente autónomo.

El derecho administrativo cumple un rol capital en la promoción de la competitividad económica del país. La administración pública le cuesta a todos los agentes económicos y a los ciudadanos en general. El costo de su funcionamiento y el costo de su regulación.

El costo de su funcionamiento es el presupuesto asignado para que operen las entidades de la administración pública, como ministerios, organismos públicos, gobiernos regionales, municipalidades. Ese presupuesto se financia con tributos (impuestos, contribuciones y tasas) que son pagados por los administrados en su condición de contribuyentes. Cuanto más grande la administración pública, mayor el gasto fiscal, mayor la recaudación, mayor la presión tributaria.

Cada vez que los políticos y burócratas proponen crear ministerios, organismos públicos y empresas estatales debemos tener presente que su entusiasmo no va ser financiado con sus propios bolsillos, sino con más impuestos que tendrán que soportar las empresas y los ciudadanos. Y si no es con más impuestos, pues con el recorte de gastos en otro lado, como en los servicios públicos de educación y salud, lo que sería nefasto.

Por tanto, si no queremos gravar a las empresas con impuestos confiscatorios, lo prudente es tener una administración pública pequeña y eficiente, es decir, la necesaria, la indispensable. El estado no tiene que gestionar directamente los servicios públicos. El estado no tiene que administrar los hospitales públicos, las universidades públicas, los puertos, aeropuertos o carreteras. Los privados lo pueden hacer por encargo del estado. Así, en lugar de tener una burocracia elefantásica gestionando directamente los servicios públicos, estos pueden ser gestionados por los privados a través de contratos de concesión, contratos de administración o gerencia u otras modalidades de asociación público privada. De una burocracia gestora de servicios públicos deberíamos pasar a una burocracia supervisora de contratos. Ya no se necesitarían miles de burócratas gestionando universidades u hospitales públicos, sino, quizá, cientos de servidores públicos supervisando que los privados cumplan las obligaciones contraídas en dichos contratos. Además, mediante subastas al menor subsidio se firmarían contratos con los postores que ofrecen administrar los hospitales, las universidades, los puertos, las carreteras al menor costo posible, pero con la calidad y cobertura exigida en las bases del concurso público. Si esto se hace con éxito, el estado ahorraría mucho dinero. La población seguiría recibiendo los servicios públicos, pero gracias al apoyo del sector privado a través de asociaciones públicas privadas, el estado ahorraría dinero y reduciría el aparato público, reduciría la burocracia, por lo que también podría reducir la carga impositiva a los administrados. Cuanto menor la carga impositiva, mayor la competitividad económica. El rol subsidiario del estado, recogido en el art. 60 de la Constitución, debe ser entendido como que "los privados hagan aquello que lo pueden hacer mejor que el estado". Que los privados "gerencien" los servicios públicos y que el estado supervise a los gerentes privados.

No se necesita crear una empresa pública que brinde el servicio de transporte aéreo en las zonas no rentables para las aerolíneas privadas, como es la región amazónica, sino que es suficiente convocar subastas al menor subsidio para que sean las aerolíneas privadas, las que presten el servicio de transporte aéreo en tales zonas, sobre la base de subsidios competitivos otorgados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Veamos el siguiente ejemplo. Asumamos que para transportar personas de la ciudad A a la ciudad B en la región amazónica, una aerolínea privada debería cobrar al menos 100 dólares el pasaje, pero a este precio solo lograría ocupar el 25% de los asientos, lo que no es rentable para dicha empresa. Si esta cobrara 25 dólares, se lograría una ocupación del 100% de los asientos. En una subasta por el menor subsidio, el concurso público tendría por objeto ofertar el menor subsidio a recibir por parte del estado para brindar el servicio en la ruta que conecta a las ciudades A y B. Imaginemos que la aerolínea X ofrece brindar el servicio si el estado le da 75 dólares de subsidio por pasajero; la aerolínea Y, si el estado le da 70 dólares de subsidio; y la aerolínea Z, si el estado le da 65 dólares. En este concurso, la empresa más eficiente es Z, que ofrece recibir solo 65 dólares de subsidio por cada pasajero. En consecuencia, en cada vuelo, cada pasajero pagaría 25 dólares, el estado abonaría 65 dólares de subsidio por cada pasajero y la aerolínea brindaría el servicio en una zona no rentable con el avión lleno de pasajeros. El estado, en lugar de crear una empresa estatal que brinde el servicio, lo que costaría una millonada en recursos públicos, simplemente se encargaría de realizar los concursos públicos y supervisar y administrar los contratos con la aerolínea ganadora. Nótese la diferencia. Una cosa es gastar en la adquisición de aeronaves y en la contratación de empleados que trabajarían en la empresa estatal, y otra muy diferente supervisar contratos.

Lo que se acaba de exponer ya existe. Está previsto en la Ley 29159, Ley que declara de necesidad y utilidad pública la prestación de servicios de transporte aéreo en zonas aisladas donde no hay oferta privada, de diciembre del año 2007. Lo que hay que hacer es replicar esta experiencia, sustentada en el rol subsidiario del estado, en otras actividades y sectores.

Hagamos el esfuerzo de reducir el tamaño de la administración pública. En lugar de gestionar directamente los servicios públicos, que los burócratas gestionen asociaciones público privadas. Una administración pública más pequeña reduce los escenarios de corrupción, reduce la carga fiscal, mejora la competitividad económica del país. Otra ventaja de reducir el aparato público es que facilita la formalización del empleo público. Hoy en día, ante la inmensa carga burocrática, las entidades públicas vienen contratando a muchas personas bajo órdenes de servicios (contratos de locación de servicios), lo que se va a incrementar aún más debido a la reciente Ley 31131, publicada el 9 de marzo último, que al buscar erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público, ha prohibido la contratación de personal CAS (contratos administrativos de servicios), que si bien es un régimen laboral público de carácter transitorio, con el paso de los años se ha convertido en permanente.

Centrémonos ahora en el otro costo, el costo de la regulación administrativa. Existe una sobre-regulación. Miles de reglamentos administrativos se aprueban todos los años. Para empezar, cada nuevo ministro, viceministro, director general, gobernador regional, alcalde quiere dejar su legado, su impronta personal, y como redactar normas es más fácil que fiscalizar o incrementar la cobertura de servicios públicos, como el suministro de agua potable, pues lo primero que se les ocurre es proponer nuevas leyes y reglamentos, o sustituir los existentes o simplemente modificarlos. Un cambio de palabras, y ¡zas!, se aprueba una nueva ley o un nuevo reglamento. En los últimos quince años, en la práctica cada gobierno se ha encargado de proponer una nueva ley de contrataciones del estado. El texto de la nueva ley es bastante similar a la predecesora, pero no importa, se inaugura la nueva norma con bombos y platillos para que todo siga igual, y entonces el gobierno subsiguiente emprende la reforma y obtiene, bajo la forma de ley o decreto legislativo, una novísima ley de contrataciones del estado, y luego todo se repite nuevamente. Es como un «déjà vu» permanente.

A lo anterior hay que agregar el vicio de los políticos y burócratas de querer regularlo todo, especialmente de "prohibir". Denle poder público a un mediocre y lo primero que hará será prohibir. «Prohibase esto» «Prohibase aquello» Regular la vida de los otros es como una miel, como una droga de la que no pueden liberarse. Y así quieren regularlo todo, y tejen una maraña regulatoria que poco a poco va asfixiando la libertad de empresa. Ese afán por regular todo lo que hacen los administrados llega a extremos insospechados, como regular lo que no necesita regulación. Las plataformas digitales de intermediación, las aplicaciones de economía colaborativa, como Uber o Airbnb, ¿requieren regulación? Creemos que no. Basta las normas de protección al consumidor para resolver los reclamos o quejas que no han sido solucionados por el administrador del aplicativo.

Afortunadamente, poco a poco se va introduciendo en el país el Análisis de Calidad Regulatoria, conocido como RIA por las siglas en inglés de *Regulatory Impact Assessment*. El RIA viene siendo aplicado en la Presidencia del Consejo de Ministros, en varios ministerios y en los organismos reguladores: Osiptel, Osinergmín, Ositrán y Sunass. El art. 5 del Decreto Legislativo 1448 de septiembre de 2018 señala que el RIA *ex ante* y *ex post* es un instrumento para la mejora regulatoria. Lo que busca el RIA es que la regulación sea eficaz y eficiente. Que sea eficaz significa que sea idónea, que logre los objetivos perseguidos. Que sea eficiente implica que la regulación escogida sea la opción menos gravosa y que sus beneficios sean mayores a sus costos.

No se trata de regular por regular. Según el RIA, primero hay que averiguar si es que hay o no un problema que merece ser solucionado por la regulación. Si se decide regular, corresponde averiguar cuáles son las alternativas regulatorias, siendo una opción "no regular". En efecto, una opción válida es la ausencia de regulación. A veces pienso que los burócratas tienen miedo al vacío regulatorio. Debe superarse esta fobia. Hay actividades que no necesitan regulación, actividades que generan tan pocas externalidades negativas que las normas de defensa de la competencia y de protección de los consumidores y usuarios son suficientes para corregir las fallas de mercado que se presenten. Es preferible que no haya regulación a que esta tenga más costos que beneficios.

Si se opta por uno más tipos de regulación, lo que debe hacerse es consultar con la ciudadanía qué opinan al respecto. Con publicidad y transparencia la autoridad se informará mejor sobre los efectos de las propuestas regulatorias. Debe prestarse atención a los comentarios y observaciones de quienes serán los destinatarios de la regulación: los potenciales beneficiados y los potenciales afectados. Así, al momento de hacerse el análisis costo beneficio, se contará con más y mejor información sobre los beneficios y costos, directos e indirectos, cuantitativos y cualitativos, de corto, mediano y largo plazo, de las propuestas regulatorias planteadas. Al final, la autoridad debe escoger la propuesta más eficiente, la que resuelve el problema al menor costo posible. Luego de implementar la regulación, hay que evaluar su desempeño. Si el resultado es negativo, habrá que derogar la regulación.

Un instrumento que se complementa con el RIA es el régimen de eliminación de barreras burocráticas. Este régimen, a cargo de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, busca, valga la redundancia, la eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad. La administración pública es un disparador de barreras burocráticas: permisos, autorizaciones, licencias, registros, procedimientos, trámites, requisitos, exigencias, limitaciones o prohibiciones. Barreras burocráticas que se crean ya sea por esa manía de querer regularlo todo, o simplemente para obtener ingresos con el cobro de derechos de trámite. En cualquier caso son sobrecostos para las empresas. La mencionada Comisión elimina todos esos sobrecostos cuando son ilegales o carentes de razonabilidad.

El RIA y el régimen de eliminación de barreras burocráticas se complementan mutuamente. El RIA busca *ex ante* que la regulación que se expida sea eficaz y eficiente, mientras que dicho régimen controla *ex post* la regulación, a efectos de cerciorarse de que sea legal, eficaz y eficiente.

Un elemento común del RIA y del referido régimen es el test de razonabilidad. Toda regulación, toda medida estatal que pretenda limitar las libertades en general, y la libertad económica en particular, debe superar el test de razonabilidad y los tres juicios que la componen. El juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad. Conforme al primer juicio, la regulación debe ser idónea para resolver el problema planteado. Según el segundo juicio, la regulación escogida debe ser la opción menos gravosa. De acuerdo al último juicio, la regulación debe tener más beneficios que costos.

Gracias al RIA, al régimen de eliminación de barreras burocráticas y al test de razonabilidad moderamos la excitación regulatoria de los burócratas. Evitamos una regulación innecesaria, evitamos costos administrativos ilegales o irracionales. Y esto ayuda a limitar el crecimiento de la burocracia, evitamos sobrecostos a las empresas.

En lugar de considerar que los políticos y burócratas tienen "derecho" a regular, los instrumentos mencionados exigen de regular pasamos al "deber" de justificar la regulación. Gracias al RIA, al régimen de eliminación de barreras burocráticas y al test de razonabilidad se promueve la dación de una regulación necesaria, de una regulación indispensable. Así reducimos el tamaño de la administración pública y el gasto fiscal, y las empresas ganan por partida doble: de un lado, la reducción del gasto fiscal puede estar acompañada de una disminución de la carga tributaria; del otro, se evitan o eliminan sobrecostos, mejorando la eficiencia productiva de las empresas. El resultado, mayor competitividad económica, un escenario propicio para invertir e incrementar las exportaciones.

¿Cómo pueden ayudar los profesores de derecho administrativo en todo esto? Pues en lugar de ser cómplices del exceso regulatorio, en lugar de validar y justificar con teorías anquilosadas la existencia de monopolios estatales, de exclusividades a favor del estado, de controles de precios, de cláusulas exorbitantes del derecho privado en los contratos celebrados por la administración pública con los privados, de expropiaciones regulatorias, etc., deberían acusar los excesos regulatorios, exigir procesos de mejora regulatoria, requerir a las autoridades el cumplimiento del RIA, del régimen de eliminación de barreras burocráticas y del test de razonabilidad.

No necesitamos un derecho administrativo que justifique o valide el avasallamiento de las libertades, que festeje la creación de trámites y procedimientos, que se regocije ante los exabruptos regulatorios. Lo que necesitamos es un derecho administrativo que le ponga coto a los excesos, que se ponga en los zapatos de los privados y los ciudadanos y que defienda sus libertades. Un derecho administrativo que promueva la inversión privada y la competitividad económica. Un derecho administrativo que coadyuve al crecimiento económico, lo que se traduce en aumento del empleo y reducción de la pobreza.

En suma, no un derecho administrado que justifique todo lo que hace la administración pública, sino un derecho administrado que le exija razonabilidad, eficacia, eficiencia y rendición de cuentas. Un derecho administrativo de defensa de la libertad.

Quito, 27 de marzo de 2021.

[1] <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/> (visitado el 15 de marzo de 2021).

[2] También significa mayor recaudación, lo que permite reducir las brechas sociales y de infraestructura pública.



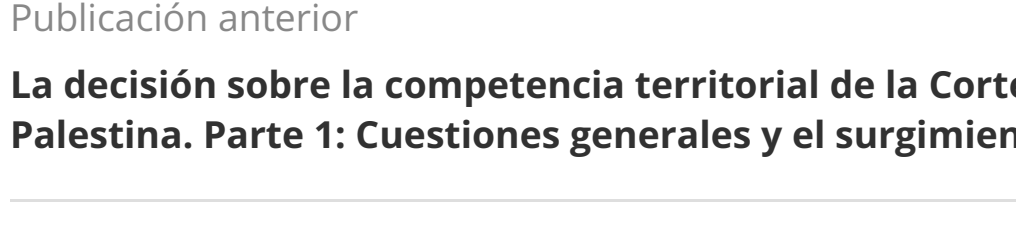
Publicación anterior

[La decisión sobre la competencia territorial de la Corte Penal Internacional en Palestina. Parte 1: Cuestiones generales y el surgimiento del Estado de Palestina](#)

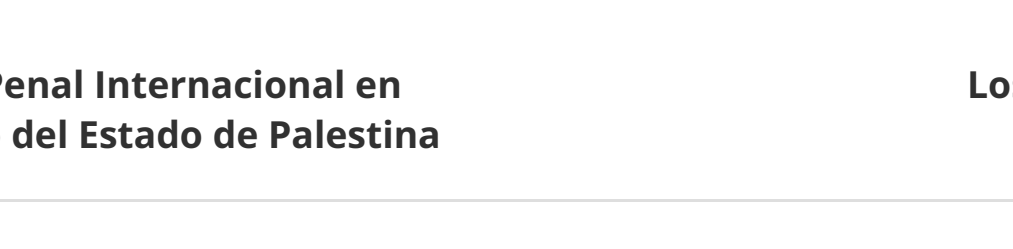
Siguiente publicación

[Los pactos de exclusión en sociedades anónimas ordinarias](#)

ARTÍCULOS RELACIONADOS

**Sobre la propiedad privada y la libertad de empresa en Cuba**

7 abril, 2024

**La doctrina interpretativa del «acto aclarado» andino: Balance a un año de su aprobación**

13 marzo, 2024

**Sunedu prohíbe a universidades ofrecer programas de pregrado 100 % virtuales: ¡Una insensatez burocrática!**

8 marzo, 2024

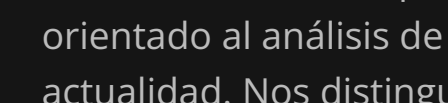
¿Quieres publicar en Pólemos? Envía tu artículo y recibirás nuestras Políticas de Publicación antes de enviarnos.

Tu nombre

Tu correo

Seleccionar archivo ningún archivo seleccionado

ENVIAR

[DESCARGAR POLÍTICAS DE PUBLICACIÓN](#)

El Portal Jurídico-Interdisciplinario «Pólemos» es un espacio académico orientado al análisis de temas jurídicos y de actualidad. Nos distinguimos por tratar el Derecho desde un enfoque interdisciplinario, integrando conocimientos de distintas disciplinas para ofrecer una comprensión más integral y enriquecedora.



EQUIPO EDITORIAL

Directora: Mariana Isabel García Jiménez

Consejo Editorial:

Camila Alexandra Infante García

Guadalupe Quinteros Guerra

Luis Sebastián Cabrejos Vilcarino

María Fernanda Rojas Linares

Luz Violeta Arce Castro

Alessandro Paredes Chumtazi

Geraldine Chuquillanqui Guerra

Ariana Delia Aleman Benites

SELECCIONADO POR EDITORES

El miedo al caos. Acerca del carácter y los alcances del llamado «idealismo»...**Reflexiones en torno al término del ciclo negocial en el sector público. ¿Es...****La intangibilidad de las Áreas Naturales Protegidas frente a la promoción de hidrocarburos:...**

ÚLTIMOS ARTÍCULOS

El miedo al caos. Acerca del carácter y los alcances del llamado «idealismo político»**Reflexiones en torno al término del ciclo negocial en el sector público. ¿Es legal que el trato directo, la conciliación o el arbitraje termine indefectiblemente el 30 de junio de cada año?****La intangibilidad de las Áreas Naturales Protegidas frente a la promoción de hidrocarburos: El principio de no regresión en el caso Bahujaja Sonene****Protección de Datos Personales y IA: ¿Es suficiente la Ley 29733 para proteger los datos personales en contextos de IA?**