



Inicio > Mayeútica > El derecho administrativo y el análisis económico del derecho (en el Perú): a propósito del rol del Estado en la economía

MAYEÚTICA > PÓLEMOS > VOTO DISIDENTE

El derecho administrativo y el análisis económico del derecho (en el Perú): a propósito del rol del Estado en la economía

5 marzo, 2025 | 628 vistas

Hugo R. Gómez Apac

Catedrático en la Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El derecho administrativo regula la organización y funciones de la administración pública y su relación con los ciudadanos a través de procedimientos administrativos. Las potestades reglamentaria (incluyendo la regulatoria), de policía, sancionadora, tributaria, etc., tienen la capacidad de afectar, para bien o para mal, a los ciudadanos.

¿Qué clase de administración pública queremos? En lo personal, una eficaz y eficiente; es decir, que logre su objetivo de conseguir el mayor bienestar de la sociedad al menor costo posible. Y el análisis económico constituye una herramienta útil para alcanzar dicho objetivo. El análisis económico del derecho (AED) ayuda a evaluar los costos y beneficios de cualquier política pública, norma e institución jurídica. Facilita comprender los efectos conductuales de cualquier «medida estatal» —ley, reglamento, acto administrativo, sentencia, etc.—; en particular, predecir qué incentivos y qué desincentivos podría generar dicha medida en el comportamiento de los destinatarios, sean estos personas naturales o jurídicas.

¿Acaso no es positivo calcular, y de ser posible asegurar, que la medida estatal que se pretende implementar tenga más beneficios que costos? Es de sentido común que el remedio no sea peor (más costoso) que la enfermedad. Y este sentido común debería orientar la dación de toda política pública. Es lo que se conoce como análisis costo beneficio (ACB). Los costos (efectos negativos) y beneficios (efectos positivos) evaluados son los directos e indirectos, tanto cuantitativos como cualitativos. Toda medida estatal debe tener más beneficios que costos.

Tratándose de las leyes y reglamentos, y cualquier medida regulatoria, lo primero es evaluar la necesidad de adoptar la medida. No todo asunto tiene que ser regulado. La ausencia de regulación es una opción que no debe descartarse. Segundo, consultar con la ciudadanía el proyecto de la medida estatal. Que los destinatarios de la medida, tanto ganadores como perdedores, den su opinión, lo que será un insumo valioso —no vinculante— para la decisión que adoptará la autoridad. Tercero, analizar el objetivo de la medida, que esta sea idónea para alcanzar dicho objetivo (*juicio de idoneidad*), verificar si hay alguna otra alternativa igual de idónea pero menos gravosa para los ciudadanos (*juicio de necesidad*), que los beneficios de la medida sean mayores a sus costos (*juicio de proporcionalidad*) y que ella no sea discriminatoria. Luego de implementada la medida, corresponde estudiar sus resultados, su eficacia, para efectuar los correctivos correspondientes, entre ellos derogar la medida si fue ineficaz. Estos cuatro pasos (visto simplifícadamente) es lo que llamamos análisis de impacto regulatorio o «*regulatory impact analysis*» (RIA).

Desde hace años diversas instituciones del derecho administrativo reciben la influencia positiva del análisis económico. Veamos algunos ejemplos. En junio de 1989 se expidió la Ley 25035 —«Ley de Simplificación Administrativa», inspirada en los consejos suministrados por el economista Hernando de Soto en su libro «El otro sendero» de 1986^[1]. En noviembre de 1991 se expidió el Decreto Legislativo 757 —«Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada», que tenía un título dedicado a la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa. Estas y otras normas dictadas con la misma orientación se potenciaron en diciembre de 1992 con la creación, en ese momento incipiente, del régimen de control de las barreras burocráticas ilegales o irracionales (irrazonables) que impiden u obstaculizan el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Este régimen fue ideado por personas que creían en el mercado y en la competencia. Hoy este régimen (consolidado con el Decreto Legislativo 1256 —«Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas» de diciembre de 2016) no solo forma parte del derecho administrativo peruano, sino que es un producto de exportación que está empezando a ser estudiado e implementado en otros países.

La Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas establece los siguientes requisitos que debe acreditar una entidad pública para demostrar que su barrera burocrática^[2] es razonable:

- Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:
 - La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada (el interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad).
 - La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
 - Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.
- Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:
 - Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.
 - Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.
 - 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.

Al régimen de prevención y eliminación de las barreras burocráticas hay que agregar las normas de defensa de la competencia (en los procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas se utilizan herramientas económicas para definir el mercado relevante, identificar barreras a la entrada, determinar la posición de dominio, etc.), la regulación económica de los organismos reguladores de los servicios públicos (la fijación de precios a través de herramientas económicas) y la exigencia de ACB para las propuestas de leyes y reglamentos. El numeral 14.3 del art. 14 del Decreto Legislativo 1044 —Ley de Represión de la Competencia Desleal de junio de 2008 tipifica como un acto de competencia desleal la actividad empresarial del Estado que infringe el art. 60 de la Constitución, norma que exige que dicha actividad sea autorizada por ley expresa y que tenga un rol subsidiario de la actividad privada.

En mayo de 2023, se aprobó el Decreto Legislativo 1565 —«Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria», que ha sido reglamentado recientemente a través del Decreto Supremo 023-2025-PCM de febrero de 2025. Estas normas contemplan, como instrumentos de mejora de calidad regulatoria, el análisis de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post*, y el análisis de calidad regulatoria de procedimientos administrativos *ex ante*, *ex post* y *stock*. El RIA, según este cuerpo normativo, es un proceso que permite el análisis sistemático e integral para identificar, evaluar y medir probables resultados, beneficios y costos de distintas alternativas de solución (regulatorias y no regulatorias) para abordar un problema público y el impacto de la intervención pública. Esto no es otra cosa que el AED y el ACB en el derecho administrativo.

Hoy muchas entidades públicas calculan el monto de las multas administrativas utilizando herramientas económicas. El texto vigente del art. 248 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General— en atención a la modificación efectuada por el Decreto Legislativo 1272 de diciembre de 2016— establece como primeros criterios para graduar una multa, el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción (lo correcto hubiera sido «el beneficio esperado de la comisión de la infracción») y la probabilidad de detección de la infracción. La autoridad peruana de fiscalización ambiental calcula el daño ambiental utilizando herramientas económicas.

La percepción del derecho administrativo se ve influenciada por la concepción del rol del Estado en la economía. Es inevitable. Un liberal (o libertario) tiene una visión del derecho administrativo diferente a la de un socialista (estatista o intervencionista).

Para un sector, el Estado debe ser pequeño pero eficiente. La intervención regulatoria se justifica solo si hay una falla del mercado (externalidades, asimetría informativa, bienes públicos). La actividad empresarial estatal debe ser subsidiaria a la iniciativa privada (art. 60 de la Constitución). Las expropiaciones deben darse solo en casos de seguridad nacional o necesidad pública (art. 70 de la Constitución). Este sector cree en el libre mercado y la competencia; la prohibición de los monopolios estatales (art. 61 de la Constitución); la simplificación administrativa; la eliminación de las barreras burocráticas; el ACB y la RIA de las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos; la desregulación; la apertura comercial; los acuerdos de libre comercio, etc. La pobreza se combate y la desigualdad se corrige con el rol subsidiario del Estado (principio de solidaridad), lo cual no está reñido con la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, pues ambos principios (libertad y solidaridad) son medulares en una economía social de mercado. El rol subsidiario (y solidario) del Estado cumple el rol de suministrar educación (escolar y universitaria) y salud públicas de calidad, infraestructura de transporte de uso público, servicios públicos (energía, agua potable, telecomunicaciones) accesibles a toda la población y otras prestaciones de carácter asistencial.

Otro sector, en cambio, disconforme con el régimen económico de la Constitución vigente, quiere un Estado más grande (un Estado del Bienestar, no un Estado Subsidiario). No confía en el mercado, sí en el dirigismo estatal. Cree en la nacionalización (estatización) de los sectores estratégicos (recursos naturales), la expropiación por razones de interés social, los monopolios estatales, la actividad empresarial estatal por razones de interés público o social (creando más y más empresas del Estado), la prestación estatal de los servicios públicos (y no a través de concesionarios), los controles de precios (de todo bien o servicio calificado como «esencial»), las cláusulas exorbitantes del derecho privado en todos los contratos del Estado, etc. Este sector también desconfía de los acuerdos de libre comercio.

Entre ambos sectores hay matices intermedios, y también hay extremos que van más allá de lo expuesto al querer más o menos Estado.

El análisis económico del derecho llegó hace décadas al Perú, y es en el derecho administrativo donde más se ha posicionado. Su hijo mayor es el régimen de eliminación de barreras burocráticas y su benjamín el análisis de impacto regulatorio que es el alma de la Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria.

Quito, febrero de 2025.

^[1] Escrito con la colaboración de Enrique Gherzi, Mario Ghibellini y el Instituto Libertad y Democracia (ILD), y prologado por Mario Vargas Llosa.

^[2] 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.

0

Publicación anterior

La Ley Universitaria peruana: entre elecciones, conmociones y regularidad electoral

Siguiente publicación

El retiro de los aportes de los pensionistas de la ONP, ¿realidad o ficción?

ARTÍCULOS RELACIONADOS



DEJA UN COMENTARIO

Tu comentario

Nombre*

Email*

Website

Guarda mi nombre, correo electrónico y web en este navegador para la próxima vez que comente.

ENTREGAR

¿Quieres publicar en Pólemos? Envía tu artículo y revisa nuestras [Políticas de Publicación](#) antes de enviarlo.

Tu nombre

Tu correo

Seleccionar archivo ningún archivo seleccionado

ENVIAR

DESCARGAR POLÍTICAS DE PUBLICACIÓN