

El Estado contra el Estado: el modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas como propuesta para el crecimiento económico de países en vías de desarrollo*

Mario F. Drago Alfaro**

Fiorella Zumaeta Castro***

En el presente artículo los autores describen el modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas y consideran que este se ha convertido en un ejercicio positivo de control interno desde y hacia la propia Administración frente a trabas burocráticas que afectan el crecimiento de un país. Entienden que este modelo puede servir de impulso a otros países en vías de desarrollo para plantear la discusión acerca de la necesidad de buscar mecanismos que incentiven la inversión y la estabilidad económica y legal.

* Artículo presentado en la XVII Conferencia Anual de la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE), el 17 y 18 de junio de 2013. Rio de Janeiro, Brasil.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Bullard, Falla & Ezcurra+

*** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociada de Bullard, Falla & Ezcurra+

El Estado contra el Estado: el modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas como propuesta para el crecimiento económico de países en vías de desarrollo

I. INTRODUCCIÓN

La mítica ciudad de *Burocrania* se caracteriza por tener días soleados muy cálidos y atardeceres hermosos durante todo el año. Tanto es así que ha sido calificada como la ciudad con “el cielo más bello del mundo”. Lamentablemente, su intenso ritmo de vida ha hecho que la mayor parte de sus ciudadanos no pueda disfrutarlos como quisiera. En efecto, un grupo muy importante de personas termina su jornada laboral luego de las 7 p.m., cuando ya ha oscurecido en la ciudad.

Como consecuencia de esta lamentable situación, algunos regidores han escuchado a los vecinos y solicitado la intervención del municipio para otorgarles a los trabajadores el derecho a disfrutar del principal atractivo de la ciudad. El Gobierno local ha decidido actuar rápido y ha emitido la Ordenanza Municipal 001-2013, que condiciona la entrega de licencias de funcionamiento para oficinas a la colocación de paneles de vidrio o ventanas apuntando al oeste, de tal manera que se permita a los trabajadores apreciar el atardecer desde sus asientos. La norma agrega que no es necesario que las oficinas cuenten con una visión panorámica, sino que dejen ver el cielo “aunque sea un poco”. El incumplimiento de esta medida trae como consecuencia la clausura del establecimiento.

Todos los ciudadanos se encuentran felices por la emisión de la norma, la cual, además, no le genera gastos al municipio ni a los trabajadores, por lo que, como menciona su exposición de motivos, no tendría un impacto importante en la economía familiar ni el presupuesto estatal. Sin embargo, existe un grupo que no ha sido incorporado en el análisis: las empresas.

Rápidamente, el costo de alquiler de las pocas oficinas con “vista al cielo” sube exponencialmente, y varias oficinas que no cumplen con las características son clausuradas por el Área de Fiscalización Laboral de la Municipalidad. Como resultado, en los primeros tres meses de vigencia de la norma, el 20% de empresas ha tenido que cerrar sus locales, mientras que la penetración de nuevos negocios se redujo en un 37%, aumentando consecuentemente la informalidad.

Ante ello, el Consejo Nacional de Eliminación de Barreras Económicas inicia un

proceso a raíz de una denuncia en contra de la norma municipal. Su resolución final señala:

«A pesar de las buenas intenciones del Municipio de Burocrania, es claro que no se realizó previamente un análisis de la legalidad y razonabilidad de la norma y, por tanto, se obviaron las potenciales consecuencias económicas de la regulación emitida. La Ordenanza bajo comentario no sólo es ilegal por exigirle a los administrados un requerimiento que excede la lista taxativa de condiciones para obtener autorizaciones contenida en la Ley de Licencias de Funcionamiento, sino que además es irrazonable porque genera un excesivo costo a los privados y limita las posibilidades de expansión económica de la ciudad».

Como consecuencia del pronunciamiento, la norma es inaplicada y la economía de la localidad vuelve a estabilizarse en el corto plazo.

La similitud entre la historia de *Burocrania* y la actuación de nuestras Administraciones Públicas no es sorprendente. No es extraño encontrarnos con la creación de normas que no contienen ningún sustento económico-legal que las respalde, y que, por el contrario, terminan generando mayores perjuicios para la sociedad.

Normas tan absurdas como la prohibición de publicidad de comida chatarra, la prohibición de usar disfraces en los cines, la obligación de los restaurantes de contar con ascensores, son sólo algunos ejemplos que asemejan la realidad y la ficción más allá de lo que suponemos.

Lamentablemente, a diferencia del caso de *Burocrania*, la gran mayoría de países en vías de desarrollo no cuenta con un mecanismo ágil y efectivo para combatir las normas y los actos ilegales e irracionales de la Administración. Los procesos judiciales o constitucionales a los que se podría acudir suelen ser lentos e ineficaces en el momento que el administrado lo necesita; y, además la obligación de las autoridades de realizar un análisis previo del impacto regulatorio de sus normas es incumplida. Como consecuencia de ello, las posibilidades de rectificar una "mala regulación" se disminuyen considerablemente, afectando la competitividad de un país y desincentivando la inversión privada.

En la década de 1990, y dentro de una política de liberalización de la economía que ha permanecido vigente hasta hoy, el Estado peruano creó la Comisión de

Eliminación de Barreras Burocráticas¹ como órgano del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI.

En un hecho sin precedentes, un país había creado un órgano dentro de la propia Administración Pública para ejercer un control ex post “desde adentro”. Básicamente, se le otorgó a la Comisión la posibilidad de inaplicar normas y actos que obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. El Estado había generado el primer sistema de autocontrol para los errores de la Administración Pública².

En el año 2011, la UNCTAD ha confirmado el beneficio que la creación de la Comisión ha traído para el Perú. El documento “*Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado*”, tal como veremos a lo largo del presente artículo, demuestra que la Comisión ha generado ahorros millonarios a los administrados, colaborando positivamente con el mejoramiento del clima empresarial en el país.

Así, pese a que no está exento de limitaciones, consideramos que el modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas es exitoso y, por tanto, debe ser implementado también en los demás países en vías de desarrollo como mecanismo de control de las actuaciones de la Administración Pública que impiden el libre desenvolvimiento de los privados en el mercado.

Nuestro artículo, en ese sentido, busca exponer las características del modelo y explicar -a través de la revisión de datos empíricos sobre la evolución económica del país, y de casos emblemáticos resueltos por el INDECOPI-, las razones por las cuales deben crearse órganos similares en el resto de países en vías de desarrollo.

II. LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS: CUANDO LAS BUENAS INTENCIONES RESULTAN EN MALAS REGULACIONES

La generación de un clima empresarial competitivo depende, en gran medida, del rol que juega la regulación estatal en la libertad de los privados para desenvolverse en el mercado. Una “mala regulación” afecta negativamente las inversiones existentes y desincentiva el ingreso de nuevos agentes. Así, el

¹ Originalmente denominada “Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI”.

² El término “Administración Pública” hace referencia a toda entidad sea de naturaleza pública o privada que ejerza funciones administrativas.

marco legal de un país tiene un impacto directo en su crecimiento económico y, consecuentemente, en su bienestar social.

La promoción de mercados competitivos constituye un elemento clave en el desarrollo económico de un país. La evidencia empírica en diversos países tales como Kenia, Vietnam, México, Australia, Reino Unido, Estados Unidos, entre otros, demuestra que las reformas regulatorias con miras a abrir mercados y fomentar la competencia en ellos permite a los países alcanzar mejoras en su desempeño económico e incrementos en la productividad, lo cual beneficia directamente a los consumidores a través de menores precios y mayor calidad en bienes y servicios³.

En ese sentido, resulta importante que los responsables de las políticas públicas de un país analicen previamente su impacto para así optar por los enfoques normativos más eficientes y efectivos, los que podrían incluir en muchos casos a la liberalización (no regulación). Así, antes de regular es recomendable identificar los diversos mecanismos idóneos para solucionar el problema público detectado e identificar los costos y beneficios de cada opción regulatoria a fin de elegir la medida que genere el mayor beneficio neto para la sociedad.

Lamentablemente, en países en vías de desarrollo, como lo es Perú, las autoridades suelen obviar la realización de este análisis o, en el mejor de los casos, lo hacen de manera deficiente. Los funcionarios no toman en cuenta el real impacto de sus regulaciones sino que se limitan a realizar un análisis intuitivo que ni siquiera comprende los posibles costos que la norma podría imponer a los agentes privados⁴.

³ Banco Mundial, Licetti and Kitzmuller, Competition Policy: Encouraging Thriving Markets for Development, 2012.

⁴ De acuerdo con el estudio "Análisis Costo Beneficio. Sincerando las propuestas legislativas en el Perú", elaborado por Julio E. Haro Carranza, Secretario Técnico del Congreso de la República del Perú, de 84 proyectos legislativos presentados entre el 9 de agosto de 2010 y 9 de julio de 2011: solo 3 presentaron un Análisis Costo Beneficio adecuado; 18 incorporaron una evaluación sin seguir los lineamientos del Congreso; y, 63 presentaron como análisis la expresión «la presente iniciativa no irrogará gasto al Estado [...]»

Para mayor detalle ver:

http://www.congreso.gob.pe/dgp/CCEP/publicaciones/cuadernos_parlamentarios/01/ANALISIS_COSTO_BENEFICIO_LEYES_J.Haro.pdf

Al respecto, se puede apreciar, por ejemplo, la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley que promueve la Masificación del Gas Natural, elaborado por el Ministerio de Energía y Minas de Perú. La norma establece diversos principios que deberán ser incorporados en los contratos de asociaciones públicas privadas⁵; sin embargo, su “análisis costo-beneficio” solo se limita a indicar que no se generará gastos al Estado:



A pesar que las justificaciones que subyacen a la regulación podrían estar amparadas en loables intenciones de la Administración Pública (en el caso anterior, facilitar el acceso de la población de escasos recursos al gas natural), la experiencia ha demostrado que los buenos deseos no necesariamente equivalen a buenos resultados. Alejarse de criterios económicos suele generar mayores perjuicios en la sociedad que las presuntas fallas que se buscó solucionar.

Un claro ejemplo de esta contradicción entre lo que se busca y se consigue, puede observarse en el Reglamento de Administración de Transporte Terrestre Peruano, que exige a las empresas que pretendan operar en el mercado de transporte interprovincial contar con un patrimonio mínimo neto de un millón de dólares. Ciertamente, la norma pareciera buscar un objetivo loable (garantizar la seguridad y calidad de los servicios brindados); no obstante, en la

⁵ Entre los principios que buscan incorporarse en los mencionados contratos se tiene:
Volumen mínimo o disponibilidad mínima de GNC en los tanques de almacenamiento para asegurar el suministro confiable de Gas Natural a los clientes, de acuerdo a lo que se establezca en cada contrato.
Volumen mínimo o garantizado del Gas Natural para definir los márgenes unitarios de las actividades señaladas en el artículo 4°. En el caso que los volúmenes reales sean inferiores a los volúmenes mínimos, el FISE podrá ser utilizado para compensar esta diferencia según lo especificado en los respectivos contratos.
Los márgenes resultantes por las actividades señaladas en el artículo 4° podrán ser reajustados considerando los costos fijos y variables comprometidos.

práctica termina imponiendo graves perjuicios a los consumidores, los transportistas e incluso el propio Estado.

El patrimonio mínimo neto

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones impuso la exigencia de contar con un patrimonio mínimo neto de 1 millón de dólares, aproximadamente, para poder prestar el servicio de transporte de personas a nivel interprovincial. La autoridad justificó su medida en el resguardo de la seguridad y comodidad de los pasajeros; no obstante, de acuerdo con lo señalado por la agencia de competencia peruana (INDECOPI)⁶ esta norma terminaría generando mayores perjuicios a los usuarios del servicio.

El incrementar los requisitos legales para prestar el servicio dificultaría el acceso de nuevos competidores y además generaría que un grupo de agentes formales que ya no cumplen con el estándar legal tenga que salir del mercado; es decir, el primer efecto de la norma sería la reducción de la competencia y/o el incremento del sector informal.

Contrariamente a lo buscado por el ministerio, esto último podría generar un mayor número de accidentes pues las empresas que operan en el mercado informal suelen eludir la supervisión y controles ex ante y ex post de la autoridad en materia de transporte.

La reducción de la competencia, por un lado, promovería la formación de oligopolios en el mercado (se quedarían las empresas más grandes que tengan el patrimonio exigido) lo que, a su vez, elevaría los precios y reduciría los incentivos para prestar servicios innovadores y de mejor calidad. Por otro lado, generaría el desabastecimiento de las rutas menos atractivas que suelen llegar a las localidades más pobres y alejadas del país. Este desabastecimiento generaría, a su vez, la reducción del turismo y que los pobladores con menores recursos de dichas zonas (que no cuentan con vehículos privados u otros medios de transporte) no puedan acceder a servicios básicos de educación o salud que pueden ser brindados en localidades vecinas.

Finalmente, el Estado tiene que asumir los costos de supervisión del cumplimiento de la norma y de la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores. Adicionalmente, dejaría de percibir los tributos que pagaban las empresas formales que deben salir del mercado formal por no cumplir con la norma.

Las normas terminan imponiendo costos innecesarios porque la Administración no sabe **cuándo**, ni **cómo** regular. No sabe "cuándo" porque regula sin que

⁶ Este caso fue visto por el INDECOPI. Para mayor detalle, ver: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2011/Re0139.pdf

exista una real falla de mercado, siendo que los aparentes problemas detectados pueden ser solucionados por mecanismos alternativos a la intervención estatal. No sabe “cómo” porque regula sin tener en cuenta la idoneidad de su medida y los costos que genera.

¿Cuándo suele regular la Administración Pública? Muchas veces se emiten normas pese a que no existen justificaciones económicas válidas para ello. Las causas que subyacen a la regulación emitida por la Administración Pública suelen alejarse de los criterios de eficiencia y, por el contrario, responden a supuestas fallas de mercado en el sentido amplio del término. En su artículo *Analizando el fracaso en la regulación: Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma*, Stephen G. Breyer⁷ grafica de manera general los típicos defectos del mercado que son incorrectamente asumidos como problemas que deben ser solucionados a través de la regulación.

Por ejemplo, Breyer hace referencia a justificaciones tales como el control de monopolios, control de las rentas, la corrección de efectos colaterales, la corrección de información inadecuada, la competencia excesiva, el riesgo moral y la racionalización. El autor hace referencia también a otras justificaciones menores (estas es, que no son por sí mismas persuasivas) para regular; entre ellas: el poder de negociación desigual, la escasez, el paternalismo, entre otros.

Un ejemplo de una regulación emitida cuando no existen justificaciones económicas válidas es la ordenanza aprobada por una municipalidad distrital limeña que exige a los restaurantes de su jurisdicción contar con una categoría de al menos 3 tenedores para así “garantizar la calidad” de los servicios que reciben los consumidores.

La obligación de los 3 tenedores

La Municipalidad Distrital de San Borja (perteneciente a la Municipalidad Provincial de Lima – Perú) emitió una Ordenanza que, entre otros, estableció estándares mínimos de calidad (3 tenedores) para poder restaurantes en su circunscripción. Entre las exigencias impuestas están: contar con al menos un ascensor si el local se ubica en el tercer piso o más, tener un bar independiente al comedor, contar con un jefe de cocina

⁷ Stephen G. Breyer. *Analizando el fracaso en la regulación: Sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma*. En: *Themis – Revista de Derecho* 52; 2006. Páginas 10 – 14.

capacitado, usar uniforme, etc.

Es claro que “el número de tenedores” de un restaurante no constituye una justificación económica válida para que el Estado intervenga⁸. Si un restaurante cuenta con servicios de baja calidad, los consumidores no necesariamente se verán afectados, pues pueden optar por acudir a los establecimientos de los competidores que ofrezcan un mejor servicio a un menor precio. Mientras existan bajos costos para acceder al mercado (inexistencia de barreras de acceso) los usuarios contarán con una gama de opciones para escoger. Es decir, la competencia, y no así la regulación, será el mecanismo idóneo para proteger a los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que esta regulación, además de ser innecesaria, termina perjudicando a los consumidores. En efecto, la agencia de competencia peruana (INDECOPI)⁹ señaló que la prestación de servicios en altos estándares de calidad implicaba un mayor gasto en el proceso de producción, el mismo que podía verse reflejado en el precio ofertado a los consumidores. Asimismo, el alza del precio no solo originaba que los consumidores paguen un monto mayor, sino que un sector no pueda acceder al servicio de “restaurante” por no contar con recursos económicos que cubran el precio del mismo.

Adicionalmente, el INDECOPI indicó que el establecimiento de estándares de calidad podía generar que el Estado –a través de la emisión de regulaciones– direcciona el consumo hacia ciertos proveedores, siendo que algunas autoridades podían fijar condiciones de producción que solo cumplen ciertos agentes, retirando de este modo a sus competidores del mercado.

Existen otras razones por las cuales la Administración Pública emite regulaciones ilegales o irracionales. Así, tenemos también normas que son emitidas como respuesta a situaciones anecdóticas de trascendencia pública. En estos casos se regula pretendiendo evitar que se repitan dichos sucesos sin tomar en cuenta siquiera la probabilidad de que los mismos ocurran o las externalidades de su regulación. Por ejemplo, podemos mencionar la prohibición de uso de cinturones en los estadios en Perú, que derivó de la publicidad de un video que captó a un fanático agrediendo a otro con un cinturón. También, podemos traer a colación la prohibición que se discutió en Denver (Estados Unidos) sobre el uso de disfraces o armas de juguete en los

⁸ Siempre que se mantenga niveles de salubridad mínimos.

⁹ Este caso fue visto por el INDECOPI. Para mayor detalle, ver: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re3065.pdf

cines, como consecuencia de un atentado en el que el sujeto utilizaba un disfraz.

De igual manera, las regulaciones pueden ser emitidas para favorecer a ciertos grupos de poder o simplemente para captar votos ("normas populistas"). En estos casos, nuevamente, las normas no responden a reales fallas de mercado, sino a intereses particulares del regulador o sus amigos.

¿Cómo suele regular la Administración Pública? No podemos negar que hay ocasiones en las que determinadas actividades generan externalidades que podrían ameritar una intervención estatal. Sin embargo, en tales situaciones es común encontrarnos con medidas adoptadas por la Administración, que si bien pretenden enfrentar dichas externalidades, terminan restringiendo innecesariamente la libertad privada, sin que sean idóneas o proporcionales al fin perseguido. Esto sucede porque los funcionarios no evalúan el potencial impacto de sus regulaciones antes de emitir las.

En efecto, muchas veces la Administración no pondera cuáles serán los costos directamente asociados al objetivo perseguido por la regulación¹⁰ ni aquellos vinculados a la aplicación de la misma (costos de aplicación¹¹), y aprueban las normas porque intuitivamente consideran que generarán beneficios.

Asimismo, por desconocimiento, falta de tecnicidad o de recursos económicos, se aprueban normas que no son útiles para solucionar las externalidades detectadas en el mercado. Por ejemplo, una municipalidad distrital de Lima decidió enfrentar la congestión vehicular en su jurisdicción a través de la limitación del número de mototaxis que podía poseer una persona jurídica. No obstante, la municipalidad no limitó (porque no tiene facultades) el número de personas jurídicas que podían existir en el mercado. El efecto inmediato de la regulación, como era esperable, no fue la limitación del número de mototaxis

¹⁰.- Dentro de dicho concepto puede incluirse por ejemplo, las pérdidas en la producción asociadas con el cumplimiento de la regulación, pérdidas de ingresos generadas por una prohibición establecida en la regulación, costos directos derivados de la implementación de los estándares o requisitos establecidos en la regulación, entre otros.

¹¹ Bajo dicho concepto se incluyen: costos de asesoría para el entendimiento de los requerimientos establecidos por la regulación; tiempo y costos de personal para el cumplimiento de la regulación; inspecciones y tasas asociadas al cumplimiento de la regulación; costos y tiempos involucrados en la adquisición de equipos o maquinaria para adecuar la capacidad de la empresa para el cumplimiento de la regulación; costos generados por la necesidad de asignar recursos y personal para satisfacer los requerimientos formulados por funcionarios públicos en ejecución de la regulación, entre otros.

en el distrito, sino el aumento de personas jurídicas y, por ende, el aumento del costo de ingreso al mercado.

La limitación del número de mototaxis

La Municipalidad Distrital de El Agustino (perteneciente a la Municipalidad Metropolitana de Lima – Perú) identificó un problema de saturación vial en su jurisdicción y emitió una ordenanza que limitaba el número de mototaxis por personas jurídicas (mínimo 10 y máximo 30 unidades), mas no así el número de personas jurídicas en el mercado.

La agencia de competencia peruana (INDECOPI)¹² calificó esta regulación como una barrera burocrática irrazonable pues: (i) no era idónea para solucionar el problema de congestión vial; (ii) no se acreditó que sus beneficios eran mayores a los costos impuestos; y, (iii) existían otras medidas menos gravosas para solucionar el problema público identificado.

En particular, la autoridad de competencia señaló que si bien el problema de la saturación vial podía ser mitigado mediante la regulación del número de unidades que presta el servicio de transporte, la fijación de una cantidad máxima de vehículos por persona jurídica por sí sola no coadyuvaba al establecimiento del número necesario de unidades para evitar el congestionamiento de vías ni a la disminución de los vehículos que transitan en tales tramos, ya que finalmente el número de vehículos existentes en la red vial dependía del número de personas jurídicas autorizadas.

Asimismo, indicó que la medida imponía altos costos pues las empresas que quisieran insertar nuevas unidades en el mercado se verían forzadas a crear nuevas personas jurídicas o simplemente tendrían que asumir el costo de no poder seguir expandiendo su actividad.

Finalmente, explicó que una medida menos gravosa para solucionar el problema de saturación podría ser la implementación del cobro de tasas a quienes generaran congestión, de modo que se internalizarían los costos asociados a la escasez de espacio vial.

Estas regulaciones innecesarias y/o excesivas, emitidas por la Administración Pública, constituyen las llamadas “barreras burocráticas” que el INDECOPI enfrenta. Las barreras burocráticas son aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros que carecen de justificación legal o son establecidos de manera arbitraria o desproporcionada respecto de lo que se pretende

¹² Este caso fue visto por el INDECOPI. Para mayor detalle, ver: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2009/Re1458.pdf

proteger con ellas. Este tipo de regulaciones tiene por efecto generar trabas para el acceso y la permanencia en el mercado.

Comúnmente se califica como barreras burocráticas sólo a las exigencias impuestas por el Estado para operar en determinado mercado; no obstante, este concepto también abarca a las actuaciones estatales que desconocen los derechos previamente conferidos a favor de los administrados. En efecto, la emisión de regulaciones que cambian injustificadamente las “reglas de juego” bajo las cuales los privados tomaron su decisión de inversión genera sobrecostos en éstos, quienes deberán asumir previsiones para enfrentar una inesperada y arbitraria exclusión del mercado.

Un marco regulatorio que contenga trabas burocráticas dificulta la formalización de las pequeñas y medianas empresas y además desincentiva el ingreso de capitales extranjeros. Al restringirse la competencia se tendrá una oferta escasa, de baja calidad y a precios elevados. Así, mientras los países en vías de desarrollo continúen regulando instintivamente, sin observar la necesidad de sus políticas públicas, ni los costos que ellas imponen, se seguirá entorpeciendo su crecimiento económico y bienestar social.

III. EL SISTEMA PERUANO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS COMO MECANISMO PARA AFIANZAR LA COMPETITIVIDAD DE PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO

a) La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI y su metodología para frenar excesos del Estado.

Perú cuenta con un sistema de eliminación de barreras burocráticas sui generis en el que el Estado pone freno a las actuaciones del propio Estado. La encargada de esta tarea, como hemos adelantado, es la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.

El entendimiento de los beneficios que la Comisión ha traído al fomento de la competitividad en el Perú merece un repaso previo de su historia.

El INDECOPI es una agencia de competencia creada en la década de 1990 en un contexto de liberalización de la economía y las instituciones, con el objeto de tutelar la libre y leal competencia en el mercado y proteger los derechos intelectuales y los consumidores. Esta institución está adscrita a la Presidencia de Consejo de Ministros; sin embargo, se financia con recursos propios provenientes de las multas que impone, así como los derechos antidumping y

compensatorios, entre otros¹³. Esto le otorga cierto grado de independencia respecto del resto de organismos de la Administración Pública.

Los integrantes de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas son designados por el Consejo Directivo del INDECOPI, mientras que los vocales que conforman la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (superior jerárquico de la Comisión) son designados por la Presidencia de Consejo de Ministros a propuesta del INDECOPI¹⁴.

De acuerdo con el artículo 26 BIS del Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones de INDECOPI¹⁵ y el artículo 48 de la Ley 27444, Ley del

¹³ Decreto Supremo 009-2009-PCM. Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI

Artículo 75.- Recursos del INDECOPI

Constituyen recursos del INDECOPI los siguientes:

- a) Los derechos de tramitación de procedimientos que se siguen ante las Comisiones y Direcciones del Área de Propiedad Intelectual;
- b) Los derechos de registro de la propiedad intelectual;
- c) Los montos que recaude por concepto de multas impuestas por sus distintos órganos;
- d) Los recursos provenientes de la cooperación técnica internacional no reembolsable,
- e) Los legados y donaciones que reciba;
- f) Los montos que capte por los servicios que presta;
- g) Los recursos que se le transfiera conforme a Ley; y
- h) Otros ingresos propios de su actividad.
- i) Los derechos antidumping y compensatorios a que hace referencia el artículo 52º literal c) de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI aprobada por Decreto Legislativo Nº 1033.

¹⁴ Decreto Supremo 009-2009-PCM Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI
Artículo 5.- Funciones Del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo:[...]

- b) Proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros la designación de vocales del Tribunal del INDECOPI;
- c) Designar a los miembros de las Comisiones de las áreas de competencia y propiedad intelectual, a los Directores de la Propiedad Intelectual, y a los jefes de los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor, así como removerlos; [...]

¹⁵ Decreto Ley 25868, Artículo 26 BIS

La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas

Procedimiento Administrativo General (LPAG)¹⁶, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas¹⁷ es competente para conocer e *inaplicar* los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen *ilegal o irracionalmente* el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Pero, ¿qué entiende la norma como “barrera”? Sobre el particular, el artículo 2 de la Ley 28996, Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada, define como barreras burocráticas a «los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado» (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, el término “Administración Pública” no hace referencia únicamente a las instituciones que orgánicamente dependen del Estado, ni implica que se fiscalice al Estado en toda actuación que realice. Tanto la Comisión como la Sala han determinado que el ámbito de aplicación de las normas de eliminación de barreras burocráticas se delimita en función al rol que desempeña la entidad denunciada, con independencia de su naturaleza jurídica.

Así, si la entidad actuara en ejercicio de sus facultades de “*ius imperium*” la Comisión sería competente para evaluar sus actos o disposiciones, mientras que si actuara como un agente económico en el mercado, la Comisión no tendría competencias para evaluar su conducta. La Resolución 1800-2010/SC1-INDECOPI del 8 de junio de 2010 señaló lo siguiente¹⁸:

reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

¹⁶ [...] Cuando en un asunto de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, la barrera burocrática haya sido establecida por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general, dicha Comisión se pronunciará, mediante resolución, disponiendo su inaplicación al caso concreto. La resolución de la Comisión podrá ser impugnada ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. (...)

¹⁷ Antes denominada Comisión de Acceso al Mercado.

¹⁸ Resolución expedida en el marco del procedimiento seguido por la Cámara Peruana de Construcción contra el Colegio Peruano de Arquitectos del Perú – Región Lima, tramitado bajo el Expediente 000040-2009/CEB-INDECOPI.

«La finalidad de esta función es evaluar el ejercicio de potestades públicas y su impacto en la libertad de acceso al mercado reconocida constitucionalmente a los particulares en el marco de la libertad de empresa. Al respecto, cabe resaltar que esta actuación solo es enjuiciable como barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad en tanto implique el ejercicio de potestades de imperio, siendo que, si una entidad actúa estrictamente dentro de la esfera del derecho privado, tal actuación no es susceptible de ser evaluada por la Comisión.»

[...]el factor que determina que una persona de derecho privado se asimila a una entidad administrativa no son los términos en que fue creada, el régimen laboral de su personal o la recepción de fondos públicos, sino la naturaleza de las funciones que desarrolla. Por tal motivo, se concluyó que si sus pronunciamientos son vinculantes para los particulares que actúan en una industria u oficio determinado, no por disposiciones contractuales sino por el poder de imperio propio del Estado que ejerce dicha entidad privada, entonces estaremos frente al ejercicio de funciones públicas sin que ello implique una modificación del régimen privado bajo el cual se organice la persona jurídica en cuestión» (El subrayado es nuestro).

De este modo, la Comisión se encargará de fiscalizar los actos, las omisiones y las disposiciones generales de la Administración (tales como los decretos supremos, las resoluciones ministeriales, las ordenanzas municipales y las normas regionales, entre otras), que son vinculantes para que los particulares participen en el mercado. Cabe destacar que, si bien las leyes también pueden imponer restricciones al ejercicio de actividades económicas, la Comisión no tiene competencias para evaluar su contenido pues ellas no se derivan de la función administrativa del Estado, sino de la legislativa.

Habiendo delimitado las competencias de la Comisión, es más sencillo entender qué pasos sigue ésta para evaluar si una exigencia, requisito, prohibición o cobro constituye una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.

Este criterio también fue sentado en la Resolución 1180-2007/TDC-INDECOPI, expedida el 11 de julio de 2007 en el marco del procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful S.A.C. contra la Federación Peruana de Fútbol en el Expediente 000065-2006/CAM.

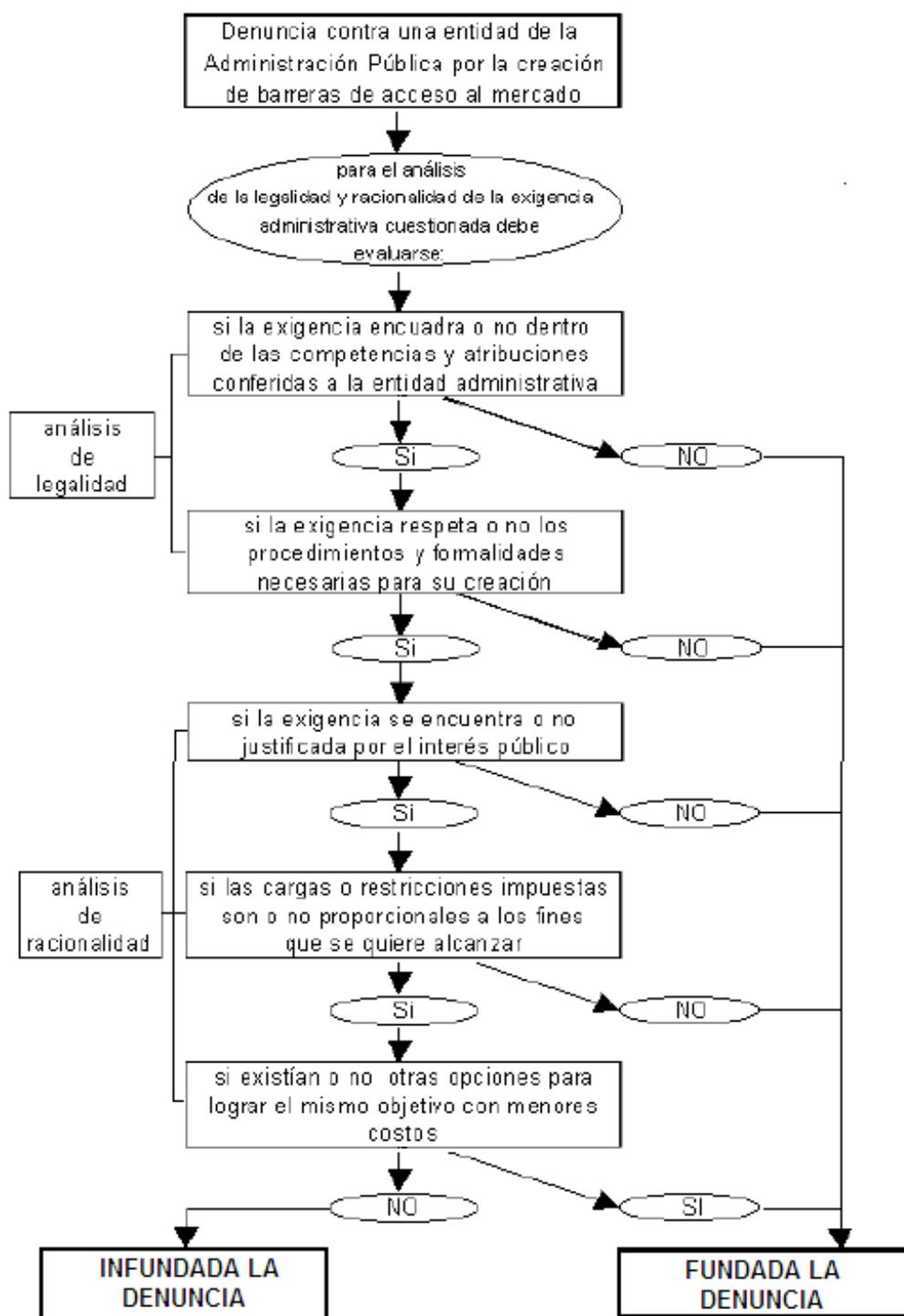
Para ello, la Comisión aplica la metodología de análisis establecida mediante el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 182-97-TDC¹⁹. Tal como lo ha precisado la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en múltiples pronunciamientos²⁰, el análisis que realice la Comisión deberá comprender lo siguiente:

- (i) *La legalidad* de la medida cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente y si respeta el marco legal vigente; y, en caso de haber pasado satisfactoriamente este análisis, se procederá a determinar;
- (ii) *La razonabilidad* de la medida, lo que incluye evaluar si ésta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines y establezcan opciones gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.

La metodología de análisis fue esquematizada en el siguiente flujograma que forma parte de la Resolución:

¹⁹ Publicado el 20 de agosto de 1997, en el Diario Oficial "El Peruano".

²⁰ Ver, por ejemplo, las Resoluciones 3065-2010/SC1-INDECOPI, 3242-2010/SC1-INDECOPI, 3249-2010/SC1-INDECOPI del 16 de noviembre y 16 de diciembre de 2010, respectivamente.



La celeridad con la que actúa la Comisión (no le toma más de seis meses resolver un caso en primera instancia) tiene relación directa con la simplicidad de su metodología de análisis. El tener claros los pasos que seguirá la autoridad para analizar una regulación evita que la Comisión desenfoque su análisis, lo

que consecuentemente genera un marco de predictibilidad importante para el administrado sobre qué, cómo y cuándo puede cuestionarse una norma.

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

Por su parte, para que se inicie el análisis de *razonabilidad*, los denunciantes tienen la carga de presentar indicios que dejen en evidencia: (i) que la medida establece tratos discriminatorios; (ii) que la medida carece de fundamentos, es decir, es una medida arbitraria; o, (iii) que la medida es excesiva en relación con sus fines; esto es, una medida desproporcionada²¹.

Una vez cumplido este requisito, la Comisión pasará a evaluar lo siguiente: (i) si la medida cuestionada tiene sustento en el interés público y es idónea para protegerlo; (ii) si la medida cuestionada es proporcional a sus fines; es decir, los costos que impone son menores que los beneficios; y, (iii) si la medida cuestionada resulta ser la opción menos gravosa para ese fin.

²¹ Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997. PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA:

«Para evaluar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública - incluso aquéllas del ámbito municipal o regional -, que no establecen tributos, constituyen barreras burocráticas que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado, se seguirán los criterios interpretativos descritos a continuación:

[...]

- En segundo término, se analizará la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:

a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).

De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada».

Sobre el particular, la Sala ha sido enfática al señalar que la carga de probar la razonabilidad de una determinada medida recae sobre la autoridad que emitió dicha regulación. Se requiere que dicha acreditación sea sustentada en estudios, informes u otros documentos previos a la emisión de la medida cuestionada. Es poco probable que se admitiese una justificación ex post a la denuncia, pues ello podría evidenciar que la Autoridad Administrativa tomó una decisión sin que medien elementos de juicio razonables que respalden dicha opción.

Asimismo, el Tribunal ha indicado que para acreditar la razonabilidad de una política pública, es necesario que ésta supere todos los niveles de análisis, siendo que la falta de demostración de uno de éstos indica la existencia de una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Si la denuncia es declarada fundada, sea porque nos encontramos ante una barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad, el efecto del pronunciamiento que emita la Comisión o la Sala es la inaplicación de la exigencia, requisito, cobro y/o prohibición cuestionada únicamente al denunciante. Los pronunciamientos del INDECOPI no tienen efectos generales, es decir, la barrera seguirá siendo aplicada al resto de agentes económicos. Consideramos que este alcance limitado constituye una falencia del sistema que debe ser corregido.

Por otra parte, la Comisión tiene facultades para iniciar casos de oficio contra las disposiciones generales que puedan contener barreras burocráticas. De confirmarse que la norma impone trabas ilegales o carentes de razonabilidad, el INDECOPI puede promover que se demande su ilegalidad o inconstitucionalidad si se trata de ordenanzas municipales o regionales.

Finalmente, para desincentivar aún más la imposición de barreras, la Comisión tiene competencias para imponer multas de hasta US\$ 7 000,00 a los funcionarios públicos que continúen aplicando a un denunciante una exigencia que haya sido declarada barrera burocrática en el marco de un procedimiento.

b) El Estado contra el Estado: algunos casos importantes que reflejan los beneficios del sistema.

Una forma gráfica de entender el real impacto de la labor de la Comisión en la generación de un clima empresarial competitivo es a través de la revisión de algunos casos emblemáticos de los últimos años. Veamos.

(i) El caso de la revocación de licencias y la expropiación regulatoria

La Municipalidad Provincial de Huaral (Provincia de Lima - Perú) contaba con un marco legal que permitía a los agentes privados operar terminales terrestres en distintos puntos de la ciudad, incluyendo aquellas zonas aledañas al centro histórico. Bajo este marco regulatorio, en el año 2000, la empresa de transportes Turismo Huaral S.A. obtuvo su licencia de funcionamiento.

Algunos años después, la Municipalidad emitió la Ordenanza 009-2009-MPH mediante la cual prohibió la circulación de vehículos por el centro histórico. El efecto práctico de esta medida fue que Turismo Huaral, como otras empresas, se vio imposibilitado de ingresar y retirar sus vehículos de su terminal terrestre; es decir, no podía seguir operando. La empresa denunció este cambio de condiciones que afectaba sus inversiones como barrera burocrática.

La Comisión y la Sala calificaron esta ordenanza como una expropiación regulatoria dado que la Municipalidad despojó a Turismo Huaral de los derechos que previamente le había otorgado a través de su licencia de funcionamiento. Asimismo, la autoridad explicó que la expropiación regulatoria (también llamada revocación administrativa) no sólo se presenta cuando se priva a los administrados del goce absoluto de las prerrogativas conferidas, sino que también puede presentarse con el cambio de algunas condiciones para el ejercicio de sus derechos.

La Sala señaló que las autoridades no están prohibidas de revocar derechos previamente otorgados a los privados, pues pueden producirse cambios de circunstancias que lo ameriten; no obstante, indicó que, para que dicho desconocimiento sea legal, se debe seguir un procedimiento administrativo que no vulnere el derecho de defensa y otorgue el pago de una indemnización por los daños generados. Con ocasión de esta denuncia, se aprobó un precedente de observancia obligatoria en los siguientes términos:

«a) El desconocimiento de derechos o intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para la revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. La omisión de cualquiera de dichos requisitos constituye barrera burocrática ilegal.

b) Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos o intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la administración no siguió el

procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.

c) Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley 27444.

d) En los casos que corresponda otorgar indemnización, ésta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.

e) Cuando se origine perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación.»

Este tipo de cambios normativos que afectan inversiones, se reproduce constantemente en otros mercados. Por ejemplo, se ha calificado como expropiación regulatoria a las normas que han recortado los horarios de funcionamiento de los bares, discotecas y otros centros de esparcimiento. También así aquellas normas que han reducido los usos permitidos en ciertas zonificaciones.

(ii) El caso Geo Supply y los sobre costos a la inversión

Las empresas de telecomunicaciones requieren del espectro radioeléctrico para poder transmitir datos, imágenes, voz, etc. El espectro es un recurso natural que en el Perú es administrado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, entidad que cobra un concepto denominado "canon" por su uso. El monto del canon que cada empresa debe pagar es calculado en función al ancho de banda asignado, número de terminales activados y enlace entre la estación terrena y satélite.

Esta metodología de cálculo fue denunciada por Geo Supply S.A.C. como barrera burocrática pues no reflejaba los costos en los que incurría la Administración por permitir que los particulares usen el espectro radioeléctrico. Sobre el particular, de acuerdo con la legislación peruana, la cuantía de las

tasas²² que cobre el Estado a los particulares debe responder a los costos en los que incurre por prestar un determinado servicio. El Estado no puede lucrar por el ejercicio de sus funciones administrativas.

En este caso, tanto la Comisión como la Sala declararon barrera burocrática ilegal a la metodología aplicada por el ministerio porque, en efecto, ésta había sido estructurada en función a factores ajenos a los costos de administración del recurso natural²³. En la Resolución 1236-2011/SC1-INDECOPI, la Sala indicó lo siguiente:

«Considerando que los servicios brindados por el MTC, al permitir el uso del espectro radioeléctrico, son los de administración de este recurso natural, es evidente que la metodología de cálculo del canon debe involucrar necesariamente los factores que permitan determinar los costos en los que incurre el MTC al desplegar las actividades necesarias para monitorear este bien de dominio público.

[...]

Como puede apreciarse, el cálculo del canon establecido mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC es inconsistente con las pautas establecidas por la Norma II del Código Tributario. Por una parte, esta metodología no ha tomado en consideración los costos directos o indirectos derivados de la administración del espectro radioeléctrico.

Asimismo, ha establecido un monto arbitrario sin demostrar que la cuantía impuesta responde a los costos que suponen el haber dejado de desarrollar un uso alternativo del espectro radioeléctrico.»

Al inaplicar esta metodología, la denunciante evitó el pago de más de cien millones de soles que pudo ser invertido en la expansión de sus servicios a otras comunidades.

Éste no es un caso aislado en la jurisprudencia del Indecopi. De hecho, es bastante común que las autoridades cobren montos arbitrarios que encarecen la operación de los privados en el mercado. Como muestra de ello, el Índice de Barreras Burocráticas del INDECOPI correspondiente al año 2012 precisa que el 11% de las denuncias presentadas a nivel de la capital (Sede Lima Sur)

²² De acuerdo al Código Tributario, el Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico califica como un tributo en la modalidad de tasa.

²³ Las actividades que efectivamente prestaba el Ministerio abarcan desde la atribución de bandas de frecuencia a determinados servicios hasta el monitoreo y control de las posibles interferencias que podrían perjudicar las radiocomunicaciones.

cuestionaron la imposición de cobros ilegales tales como las tasas para obtener licencias de funcionamiento, autorizaciones para trabajar en las vías públicas, y permisos para publicar anuncios, entre otros²⁴.

(iii) El caso Lidercon y las barreras mediante contratos de concesión

En el año 2003, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones emitió un Decreto Supremo mediante el cual dispuso que los vehículos automotores particulares y de servicio público pasen anualmente por una revisión técnica como condición para continuar circulando.

En ese contexto, la Municipalidad adjudicó a favor del Consorcio Ivesur S.A. – Lidercon SL, la concesión de la ejecución de la infraestructura de plantas de revisiones técnicas y la explotación del servicio de revisiones técnicas vehiculares para Lima Metropolitana, ambas prestaciones de manera exclusiva según lo establecido en el contrato. Posteriormente, emitió la Ordenanza 694 mediante la cual se ratificó que el concesionario sería la única empresa prestadora de servicios de revisión técnica con carácter oficial.

Como consecuencia de ello, la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas inició un procedimiento de oficio contra la Ordenanza 694, en la medida que la misma había establecido un monopolio legal a favor de Lidercon, a pesar que ello está prohibido por el artículo 61 de la Constitución²⁵, así como por los artículos 2, 6 y 7 del Decreto legislativo 757²⁶.

²⁴ Ver: http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/IND_CEB_2012/IBB2012.pdf

²⁵ Constitución Política del Perú.-
Artículo 61°. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

²⁶ Decreto Legislativo 757.-
Artículo 2.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.
[...]
Artículo 6.- Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas sólo procederán por causa de interés social o seguridad nacional, y deberán ser dispuestas expresamente mediante Ley del Congreso de la República o conforme a lo establecido en el artículo 54 del presente Decreto Legislativo.

En su Resolución Final 1692-2008/TDC-INDECOPI²⁷, el Tribunal ratificó la decisión de la Comisión y concluyó que no obstante la función de verificar el funcionamiento de vehículos automotores es una manifestación de la actividad de limitación o de policía propia de la Administración Pública, el servicio de revisiones técnicas en sí mismo no constituye una actividad de titularidad pública, sino una actividad empresarial que, conforme lo demuestra la dinámica del mercado, puede ser realizada por diversos agentes privados.

En ese sentido indicó que tratándose de una actividad económica que podía ser prestada por cualquier tercero que cumpla con los requisitos y condiciones establecidos en la normatividad vigente, no correspondía al Estado intervenir en la actividad, sino velar porque exista competencia en el desarrollo de la misma.

IV. CUANDO LAS TRABAS A LA COMPETENCIA VIENEN DESDE EL ESTADO ¿POR QUÉ DEBERÍA REPLICARSE EL SISTEMA EN LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO?

Los países en vías de desarrollo como el Perú, que han asumido un modelo económico en el que la libertad de iniciativa privada es el principio rector de la intervención del Estado en la economía, han puesto especial énfasis en las políticas de libre competencia que regirán la actuación de los agentes particulares en el mercado.

En efecto, estos países han partido correctamente de la idea de que cuando los particulares asuman las riendas del mercado, la economía se desarrollará y se generará riqueza y empleo. Ello, bajo un marco regido por la libre interacción entre la oferta y la demanda, y en particular, el establecimiento libre de precios.

En este marco, como es evidente, la actuación del Estado como participante directo en la economía se ve radicalmente reducida, limitándose únicamente a algunos aspectos residuales y subsidiarios. Lo anterior no implica que el Estado carezca de toda facultad de intervención en el ámbito económico. Por el

De conformidad con el artículo 285 de la Constitución Política, la fabricación de armas de guerra podrá realizarse por empresas privadas solamente al amparo de convenios que celebra el Estado con dicha finalidad.

Artículo 7.- Cuando una misma actividad económica es realizada por el estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos.

En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.

²⁷

Ver:

http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-44/2008/Res1692.PDF

contrario, mantiene determinadas facultades de supervisión y regulación, las cuales deberían encontrarse orientadas a corregir ciertas fallas de mercado que se presenten, a fin de garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Estas facultades se han visto reflejadas, principalmente, en la implementación de políticas de competencia, donde el Estado actúa como un veedor del mercado, sancionando aquellos comportamientos que resulten contrarios a lo que debería ser el normal desarrollo del proceso competitivo.

Los beneficios que genera una política de competencia, sin embargo, no son suficientes por sí mismos para que el mercado funcione de manera eficiente y estable. Estas acciones deben ser complementadas por un Estado que no genere distorsiones al mercado a través de la imposición de barreras de acceso que afecten el ambiente de competitividad en el país.

La atracción de inversiones requiere, asimismo, de la existencia de un marco regulatorio claro y predecible, que permita a los agentes privados conocer las "reglas de juego" bajo las cuales invertirán y desarrollarán sus actividades económicas. Conocer previamente las condiciones que serán aplicables, permitirá la toma de decisiones de negocio informada.

Si bien en ciertas ocasiones el Estado puede verse obligado a modificar su marco regulatorio a fin de tutelar el "interés público", ello no significa que las intervenciones que realice bajo el pretexto del bien social puedan ser arbitrarias e ilimitadas. Cuando estamos frente a regulaciones que incrementan desproporcionadamente los requisitos para acceder y/o permanecer en el mercado, o, cambian arbitrariamente las condiciones bajo las cuales ingresaron a éste los agentes económicos, nos encontramos ante "barreras burocráticas" que encarecen el desarrollo de actividades económicas y, por ende, desincentivan la inversión privada y la competencia en los mercados.

En efecto, toda regulación tiene incidencia sobre las actividades económicas, ya sea de manera directa o indirecta. El cumplimiento de un mayor número de trámites ante la autoridad administrativa, así como el establecimiento de requisitos más elaborados (y por tanto, más difíciles de cumplir), son un desincentivo a la inversión, trasladando a los privados hacia la informalidad.

Lo anterior es especialmente relevante para el caso de las pequeñas y medianas empresas (de gran importancia en países en vías de desarrollo), sobre las cuales el exceso de la regulación impacta directamente en su

capacidad de ingresar y mantenerse en el mercado a largo plazo. Tal como ha señalado la UNCTAD en un informe de 2011:

«Los efectos del exceso de regulación son de mayor intensidad en las pequeñas y medianas empresas, pudiendo desincentivar la creación de nuevas empresas. Según la OECD, las pequeñas empresas (de 1 a 19 asalariados) incurren en un gasto de tiempo 3 veces superior a las empresas medianas (de 20 a 49 asalariados). Esto es debido a que las obligaciones derivadas de la normativa no varían sustancialmente entre compañías, de suerte que el coste relativo es mayor entre las empresas de menores dimensiones.»²⁸

Es claro que no toda regulación es necesariamente mala, pues existirán aquellas normas que respondan a justificaciones económicas coherentes e incentiven el desarrollo competitivo de un mercado. No obstante, incluso las buenas regulaciones deben ir acompañadas de políticas de simplificación administrativa y de evaluaciones permanentes de los costos y beneficios de la regulación, para así asegurar un mejor desempeño del mercado. Al respecto, el informe mencionado anteriormente señala lo siguiente:

«De hecho, diversos estudios muestran que las políticas de simplificación administrativa y mejora de la regulación, se acompañan de efectos positivos en términos de crecimiento del PBI, al propiciar la liberación de recursos para actividades productivas [...]»²⁹

Así, es innegable que en los países de desarrollo intermedio, el principal enemigo de la competitividad puede ser el propio Estado, quien a través del establecimiento de barreras burocráticas entorpece el ejercicio de las actividades económicas de los privados y desincentiva la inversión.

Es en este contexto que proponemos que los países en vías de desarrollo adopten mecanismos de eliminación de barreras burocráticas capaces de revertir de manera rápida y eficaz, los errores que la Administración Pública comete al emitir regulación sin ponderar el real impacto de su medida.

Como veremos a continuación, los beneficios asociados a la implementación de un sistema de eliminación de barreras burocráticas han sido cuantificados en Perú, y demuestran fehacientemente que la replicación del modelo en otros

²⁸ UNCTAD. Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Julio de 2011. Página 12.

²⁹ UNCTAD. Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Julio de 2011. Página 16.

países puede traer beneficios palpables que influirán consecuentemente en la competitividad y la generación de riqueza

El Impacto Económico de la Intervención de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

Las acciones tomadas por el Estado peruano en el marco del proceso de liberalización de la economía han facilitado significativamente las posibilidades de los privados de ingresar y mantenerse en el mercado. La labor de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se enmarca en esta política de Estado como una fuente de control frente a los cíclicos y constantes intentos de la Administración por alejarse de este objetivo.

En el año 2011, UNCTAD³⁰ realizó un *Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado* peruano, cuya hipótesis a contrastar fue «que las cargas burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad impuestas a las empresas tienen un impacto negativo en la economía peruana al desincentivar la inversión o dificultar la asignación eficiente de los recursos productivos, y esto se ve reflejado en los niveles de producción y empleo»³¹. El estudio se basó en 31 denuncias interpuestas ante la Comisión que fueron declaradas fundadas durante el año 2010.

Los resultados del estudio son bastante gráficos. Se determinó que los 31 denunciadores habían ahorrado aproximadamente US\$ 6 millones. Haciendo una extrapolación de dichos resultados y generalizándolos a toda la industria³², se calculó que «los impactos de carácter agregado sobre el conjunto de la actividad económica del Perú se estimarían en 3.800 millones de nuevos soles [aprox. US\$ 1,461 millones], magnitud próxima al 1% del PBI peruano del periodo»³³.

³⁰ El Informe se encuentra disponible en:
<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/3/par/estudio/estudioimpactobarrerasmerca do.pdf>

³¹ UNCTAD. Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Julio de 2011. Página 96.

³² Cabe recordar que los efectos de los pronunciamientos de la Comisión solo son aplicables al denunciante, sin que tenga incidencia en el resto de sus competidores salvo que esto decidan interponer una denuncia propia.

³³ UNCTAD. Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Julio de 2011. Página 251.

Incluso la UNCTAD ha podido identificar las actividades económicas que se han visto particularmente beneficiadas con la inaplicación de normas por parte de la Comisión, proyectando el impacto estimado generalizado por sector (%PBI)³⁴:

	Rama de actividad	A. Impacto agregado (miles de soles)	B. PBI a precios corrientes (miles de soles)	% (A/B)
1	Serv. Transp. y Comunicaciones	346.288.467,47	34.810.946	3,392%
2	Serv. de Restaurantes y Hoteles	181.772.415,82	14.628.186	3,811%
3	Servicios Prest. a Empresas	56.917.232,26	29.273.308	0,909%
4	Servicio de Educación Privada	6.649.227,58	52.318.510	0,483%
5	Servicio de Comercialización	3.331.316,21	12.474.107	1,334%
6	Servicios Gubernamentales	1.846.961,57	27.081.853	0,524%
7	Construcción	1.824.868,58	23.945.420	0,550%
8	Prod. Agropecuarios, Caza y Silvic.	1.692.986,77	27.107.810	0,392%
9	Otros Prod. Alimenticios	1.067.062,61	5.595.441	1,482%
10	Productos Minerales	899.994,36	33.001.350	0,201%
	Resto de ramas de actividad	10.948.318,70		
	TOTAL	3.803.495,41	392.564.565	0,969%

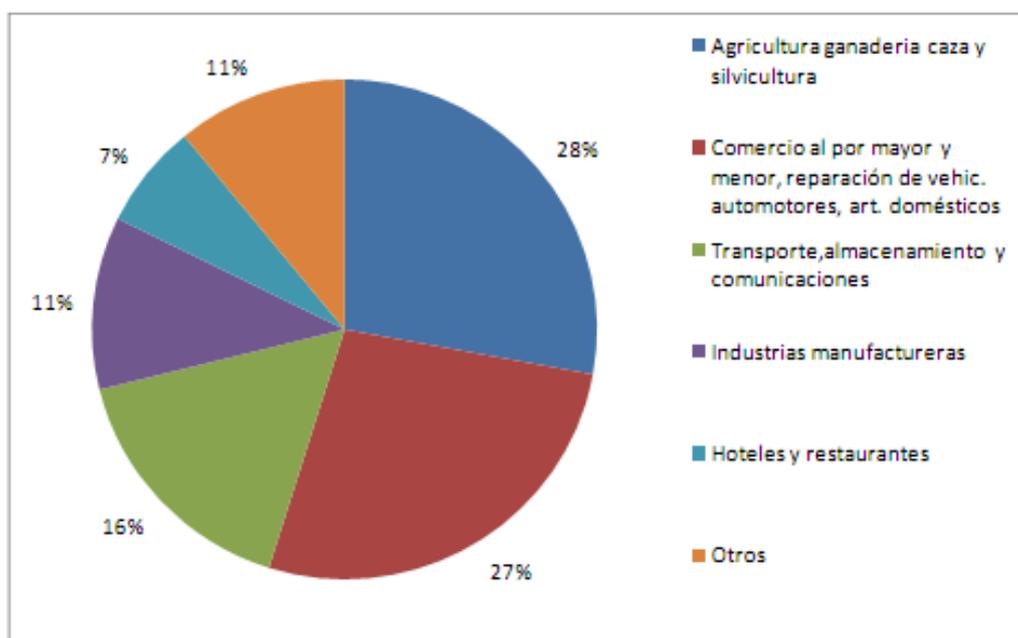
* Datos correspondientes a 2009, último período disponible (Fuente: INEI).

Fuente y elaboración: UNCTAD

Asimismo, el estudio estima que el impacto agregado de la actividad de la Comisión sobre el empleo podría llegar a la generación de 139 mil empleos aproximadamente, principalmente en los siguientes sectores³⁵:

³⁴ UNCTAD. Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Julio de 2011. Página 152.

³⁵ UNCTAD. Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Julio de 2011. Página 160.



Fuente y elaboración: UNCTAD

Por último, el estudio de la UNCTAD compara el costo asociado a la fiscalización de la Administración Pública por parte de la Comisión, con el beneficio social obtenido. El siguiente cuadro muestra una estimación de asignación presupuestaria en temas de eliminación de barreras burocráticas en el 2010³⁶:

Concepto	Nuevos soles
Personal CEB	868.178
Personal SDC 1 (15%)	169.227
Costes indirectos	311.237
Total	1.348.692

Fuente y elaboración: UNCTAD

El resultado que se deriva de ello es bastante alentador. En promedio, por cada dólar del presupuesto de la Comisión, se habría obtenido un retorno de 13

³⁶ UNCTAD. "Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado". Julio de 2011. Páginas 173 y 255.

dólares, en términos de creación de VAB para los casos analizados; y de 3.193 dólares para la sociedad, en términos agregados.

Los datos esbozados anteriormente grafican de forma interesante los beneficios potenciales de la implementación de un régimen de eliminación de barreras burocráticas dentro de la propia Administración Pública, y constituyen un elemento suficiente para que los países en vías de desarrollo por lo menos incorporen a su agenda política la necesidad de discutir la conveniencia de su existencia. Como bien señaló el INDECOPI sobre esta materia:

«La existencia de un organismo al interior de la propia Administración Pública como la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi no sólo permite que el Estado avance en el proceso de reforma administrativa, sino también brinda apoyo al proceso de modernización del sistema de administración de justicia y significa un impulso importante para el proceso de búsqueda de regulaciones más eficientes y del menor costo posible. En ese sentido, es importante visualizar la simplificación administrativa, como un esfuerzo de búsqueda permanente de un nuevo sistema de regulaciones que genere mayores beneficios económicos para la sociedad peruana. En este proceso no existen recetas predeterminadas, sino que las nuevas instituciones deben surgir de un proceso necesario de prueba y error, característico del esfuerzo de creación y adaptación crítica de modelos propios y de reconocida eficiencia en el ámbito internacional, a las particularidades de la economía nacional.»³⁷

V. REFLEXIONES FINALES

Ciertamente, la competencia genera una mayor productividad pues otorga incentivos a los privados para que sean más eficientes y, con ello, logren una mayor participación en el mercado. Es un hecho que las firmas que enfrentan competencia tienden a ser más eficientes e innovadoras, lo que deriva en precios menores en beneficio de los consumidores, además de una mayor calidad y variedad de bienes y servicios³⁸. No obstante, los mecanismos de protección de la libre competencia, lamentablemente, no son suficientes por sí mismos para generar un clima de negocios.

³⁷ Documento de Trabajo N° 002-2000 denominado "Impulsando la Simplificación Administrativa: Un Reto Pendiente". Aprobado por Resolución N° 020-2000-INDECOPI-DIR.

³⁸ Banco Mundial, Licetti and Kitzmuller, Competition Policy: Encouraging Thriving Markets for Development. 2012.

La labor normativa del Estado tiene un alto impacto en la competitividad de los mercados. Aun cuando muchas veces la Administración Pública tiene buenas intenciones, sus regulaciones terminan generando mayores perjuicios a los privados pues carecen de un análisis previo respecto de las posibles repercusiones que tendrán sobre la economía.

Ante ello, la necesidad de contar con un órgano capaz de mitigar los errores de la Administración resulta de vital importancia para procurar la neutralización de aquellas conductas y normas que le resten competitividad a un país, ya sea porque se tratan de exigencias ilegales o irracionales.

El modelo peruano se ha configurado, pese a sus limitaciones, como un ejercicio positivo de control interno desde y hacia la propia Administración frente a este tipo de problemas que afectan el crecimiento de un país. Creemos, desde aquí, que darle una mirada al modelo peruano de eliminación de barreras burocráticas puede servir de impulso a otros países en vías de desarrollo para plantear la discusión acerca de la necesidad de buscar mecanismos que incentiven la inversión y la estabilidad económica y legal.