

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**TITULO: A PROPÓSITO DE LA SOBRRREGULACIÓN MUNICIPAL
EN EL PERÚ: EL ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA COMO
POTENCIAL SOLUCIÓN**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho
Administrativo**

Autor: Gonzalo Daniel Arriola Grande

Asesor: Janeyri Elizabeth Boyer Carrera

Código de alumno: 20090899

2018

RESUMEN

El presente trabajo de investigación busca analizar la problemática que constituye el fenómeno de la sobrerregulación municipal en el Perú. Se parte de la hipótesis de que las municipales distritales y provinciales de nuestro país son los principales promotores del excesivo marco regulatorio que somete a los agentes económicos del mercado. Este tema resulta sumamente relevante en tanto esta tendencia sobrerregulatoria de los gobiernos locales contradice lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993 que prioriza la libre iniciativa privada y la libre competencia con el fin de facilitar el ingreso y subsistencia en el mercado de sus participantes, razón por la cual el marco regulatorio debería simplificarse y hasta reducirse dentro de lo posible. Se concluye que si bien el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se muestra como una herramienta bastante efectiva frente a un escenario como el que constituye la sobrerregulación, consideramos que su principal desventaja radica en que se trata de un control *ex post*, razón por la cual planteamos y recomendamos como una herramienta complementaria el Análisis de Calidad Regulatoria, demostrando que dicho control no supondría una vulneración a la garantía constitucional-institucional de la autonomía municipal.

A PROPÓSITO DE LA SOBRRREGULACIÓN MUNICIPAL EN EL PERÚ: EL ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA COMO POTENCIAL SOLUCIÓN

ÍNDICE

- I. Introducción**
- II. Identificación de la función normativa de los Gobiernos Locales del Perú en nuestro ordenamiento jurídico**
- III. Hacia un concepto de sobrerregulación: Determinando los efectos negativos de este fenómeno sobre los particulares y la Administración Pública**
- IV. ¿Existe sobrerregulación municipal en el Perú? La experiencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)**
- V. Una propuesta frente a la sobrerregulación: Adaptación del Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) a nivel municipal ¿Contravención a la garantía institucional de la autonomía municipal?**
- VI. Conclusiones**
- VII. Bibliografía**

A PROPÓSITO DE LA SOBRRREGULACIÓN MUNICIPAL EN EL PERÚ: EL ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA COMO POTENCIAL SOLUCIÓN

I. Introducción

En los diferentes niveles de gobierno, existe un fenómeno denominado distribución de competencias que se da en virtud del principio de separación de poderes, el cual se materializa a distintos estados, como es el caso del Estado Peruano, mediante un proceso de descentralización. La descentralización se concibe como la forma de organización democrática escogida por el Constituyente y, por tanto, la encontramos plasmada en la Constitución Política del Perú de 1993. Esta política busca principalmente el desarrollo integral del país por medio de la distribución de competencias en los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local), cada uno de ellos dotados de autonomía administrativa, política y económica.

De esta manera, por medio de esta forma de organización se procura constituir mejores condiciones para la promoción del desarrollo y satisfacción inmediata de un conjunto de demandas largamente postergadas, especialmente, en el interior del país. Sin embargo, la estructura actual de distribución de competencias, en reiteradas oportunidades, no permite una satisfacción inmediata ni mediata de las necesidades de la población, sino por el contrario genera una innecesaria sobrerregulación, debido a que a la fecha el sistema aún no ha sido capaz de eliminar ciertas confusiones respecto de las competencias que le corresponde ejercer a cada nivel de gobierno en determinadas materias.

Precisamente, entre las principales entidades del Estado que han generado un importante marco de sobrerregulación, encontramos a los gobiernos locales, conformados por las municipalidades provinciales y distritales. A pesar de que a principio de los años 90 el Perú pasó por un proceso de liberalización económica expresamente recogido en la Constitución de 1993, esta política de Estado se ha visto verdaderamente afectada por las múltiples obligaciones impuestas por parte de las municipalidades a los particulares.

En esa línea, en el presente artículo abordaremos la problemática descrita a partir del concepto de actividad ordenadora que es una competencia atribuida a los gobiernos locales, los cuales en los últimos años constituyen las principales entidades públicas productoras de sobrerregulación, para finalmente exponer una solución a tal problemática.

II. Identificación de la función normativa de los Gobiernos Locales del Perú en nuestro ordenamiento jurídico

La Administración Pública cuenta con diversas modalidades de intervención en el mercado, entre las cuales se encuentra la actividad de ordenación o, también conocida, policía administrativa. De acuerdo a REBOLLO, “la actividad administrativa de limitación es aquella en la que Administración impone restricciones, deberes o de cualquier forma ordena obligatoriamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila su cumplimiento; y reacciona ante sus incumplimientos para restablecer la legalidad” (2009: 14).

En otros términos, la actividad ordenadora de la Administración Pública consiste en la limitación de la actividad de los particulares por razones de interés general (salud pública, seguridad pública, bienestar general, etc.); es una intervención que busca garantizar el equilibrio y la armonía entre el interés público y los intereses privados. De esta manera, por ejemplo, se prohíbe la realización de actividades industriales en zonas residenciales, en aplicación de reglas de zonificación y urbanismo, a fin de proteger el derecho a la salud de quienes residen en el área; o se limita la entrada de operadores económicos al mercado según el nivel de riesgo que la actividad económica represente para el interés público, exigiéndose así licencia de construcción, licencia de funcionamiento, etc.

Sin embargo, la actividad de policía administrativa no resulta ser absoluta, puesto que existe una serie de principios que deben ser necesariamente observados por la Administración Pública. Tal como sabemos, el primero de ellos por regla general es el principio de legalidad, o conocido también como

principio de vinculación positiva, conforme al cual la limitación al ejercicio de derechos no puede ser nunca el resultado de la sola decisión administrativa sin una base legal previa. Considerando que la actividad ordenadora tiene una incidencia negativa en el estatuto jurídico de las personas –a las cuales previamente les han sido conferidos derechos– por la necesidad de armonizar el interés público y el interés privado, entonces resulta necesaria la existencia de una base normativa formal que respalde la actuación de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta las distintas formas en que se materializa esta actividad ordenadora de la Administración Pública, encontramos la facultad de emitir normas sobre asuntos que sean propios de las competencias de cada entidad pública. En ese sentido, entre las entidades más representativas con dicha facultad se hallan los gobiernos locales.

De acuerdo al art. I del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27783) – LOM, los gobiernos locales son entidades básicas de la organización territorial del Estado y canales inmediatos de participación vecinal en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades; siendo elementos esenciales del gobierno local, el territorio, la población y la organización. Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno promotores del desarrollo local, con personería jurídica de derecho público y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Esto significa que los municipios son los entes que sirven de base a la organización territorial del Estado y son parte fundamental de su configuración y organización física. El artículo en mención se sustenta en el art. 189 de la Constitución, el cual señala que:

El Territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la

Nación. El ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.

El art. 95 de la Constitución establece las distintas competencias que son atribuidas a los gobiernos locales, y ello se complementa mediante el art. 73 de la LOM, en el cual se desarrollan con mayor precisión las materias de tales competencias. En virtud de tales competencias es que se derivan las funciones específicas municipales (contenidas en el Capítulo II del Título V de la LOM), las cuales se ejercen con carácter exclusivo o compartido entre las municipalidades provinciales y distritales, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Bases de la Descentralización (Ley N° 27783) y la propia LOM. Justamente, en este punto, podemos encontrar que expresamente la normativa le reconoce una función ordenadora a las municipalidades.

Conforme al art. 74 de la LOM, las municipalidades ejercen, de manera exclusiva o compartida, una función promotora, normativa y reguladora, así como las de ejecución y de fiscalización y control, en las materias de su competencia, conforme a la LOM y la Ley de Bases de la Descentralización. Tal como observamos, mediante el artículo en mención se establecen los tipos de funciones que ejercen las municipalidades, que son función promotora, normativa, reguladora, de ejecución y de fiscalización. Por tanto, efectivamente, los gobiernos locales o municipalidades cuentan con la facultad de emisión de normas de acuerdo a nuestro propio ordenamiento jurídico.

III. Hacia un concepto de sobrerregulación: Determinando los efectos negativos de este fenómeno sobre los particulares y la propia Administración Pública

Cuando vemos que en nuestro país existen limitadas oportunidades de empleo, que es muy difícil establecer un negocio; que la seguridad pública provista por los gobiernos locales, regionales y nacional no es confiable; que las instituciones de salud, educación y medio ambiente no cubren nuestras expectativas y necesidades; que los servicios públicos son deficientes; en resumen, que nuestro

país no crece como esperaríamos, la mayoría de nosotros pensamos, juzgamos y concluimos que las entidades públicas, y el Estado en general, no funcionan adecuadamente y que por ello nuestra economía no se dinamiza y caemos en una desaceleración e incluso en una crisis.

Frente a una situación en la que se denota la insatisfacción de la sociedad, los servidores públicos que están a cargo de la operación y buen funcionamiento de las entidades públicas buscan justificar su ineficacia o falta de actuación atribuyendo los malos resultados a otras instancias o circunstancias que se encuentran fuera de su control. Una de las principales justificaciones que sostienen reiteradamente tales servidores es que carecen del marco legal adecuado que facilite y haga más eficiente la Administración Pública (MONGILARDI 2016: 3). Argumentan que faltan reglas, que no se ha legislado o regulado en tal o cual materia, que la ausencia de normas hace imposible cumplir con las funciones encomendadas al Estado, etc. Tal es el caso que se pretende solucionar todo a partir de repetitivas “reformas” normativas de cada sector que reclama la sociedad –reformas que en materia tributaria, seguridad pública, laboral, seguridad social y energía son hoy en día motivo de intensos debates– apuntando a calmar el clamor popular en el corto plazo, sin solucionar los problemas de fondo en ningún caso (OCDE 2016: 3-29).

El problema radica en pensar que mediante la emisión de más normas es como la Administración Pública puede cumplir con sus funciones a cabalidad cuando, precisamente, la sobrerregulación, es el problema. En esa línea, es importante aclarar que cuando nos referimos a sobrerregulación, la misma no se restringe al exceso de normas, sino también incluye a lo que podríamos denominar como “malas reglas”, es decir, aquellas normas que no aportan valor alguno a la actividad o conducta que pretenden ordenar, sino que por el contrario, se convierten en un obstáculo para realizarla o, peor aún, en un incentivo para llevarla a cabo de una manera indebida (DÁVILA 2015). Conforme a ello, debemos considerar a la sobrerregulación como un problema que involucra todos los niveles de gobierno en nuestro país.

Es necesario que sostengamos que la sobrerregulación no solo afecta la posibilidad de los particulares para desarrollar las actividades económicas, sino que además, perjudica y deteriora el buen desempeño de las entidades públicas establecidas para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, como son el trabajo, la educación, la salud, la vivienda, la seguridad y la justicia, entre otros (BELAUNDE 2014).

Es importante destacar lo antes mencionado, ya que con frecuencia se asume que la víctima de la sobrerregulación exclusivamente son los particulares, pero ¿alguna vez se reflexiona sobre cuál es el origen de tal afectación? Justamente, la causa la encontramos en el propio desempeño de la Administración Pública que se ve perjudicada por la sobrerregulación que esta misma genera.

A fin de ser más específicos, y de acuerdo a lo señalado por IBARRA (2011: 203-211) podemos identificar que la sobrerregulación afecta el buen funcionamiento de las entidades públicas en tres niveles, los cuales pasamos a señalar a continuación:

(i) Nivel normativo:

En este nivel se determinan las potestades, funciones o atribuciones, así como las reglas que sirven de base para la propia existencia de distintos organismos que conforman las múltiples entidades de la Administración Pública.

(ii) Nivel organizacional:

Este nivel se refiere a la forma en que se organizan las entidades de la Administración Pública internamente a fin de cumplir con sus funciones, es decir, los puestos, niveles y número de plazas con que cuentan.

3) Nivel personal:

Aquí se influye en el desempeño y desarrollo profesional de los servidores públicos, lo cual se vincula inexorablemente con la capacidad o experiencia con

que cuentan para ejecutar las funciones, actividades o tareas encomendadas y que deriva finalmente en el éxito o no de la gestión de una entidad.

Téngase en cuenta que el orden en que hemos planteado los niveles en que afecta la sobrerregulación a las entidades públicas no es un error o una casualidad. En el Perú, y en la mayoría de países con el mismo problema de excesiva regulación, el aspecto normativo precede a los demás. Resulta usual por parte de la Administración Pública crear la regla y luego pensar en la organización que es necesaria para poder aplicarla. Esta forma de proceder por parte de la Administración Pública genera que en reiteradas ocasiones, las entidades que la conforman no cuenten con los recursos económicos, organizacionales o humanos para hacer cumplir las reglas, independientemente de su intención u objetivo.

En este sentido, la Administración Pública se encuentra atrapada en un universo de regulaciones que no sólo pretenden ordenar la forma en que los servidores públicos deben diseñar, planear y ejecutar la función pública que les ha sido conferida, sino que también normativizan todas las actividades que éstos realizan al interior de la propia Administración Pública, al punto de regular cosas tan simples como la sustitución de focos de luz en las oficinas de alguna entidad.

De esta manera, cada una de las funciones, actividades y tareas que desarrollan los servidores públicos está normada, motivo por el cual da la impresión que la razón de ser de muchos puestos en la Administración Pública es la emisión de reglas, sin realmente medir su impacto, consecuencias y resultados sobre principalmente los particulares. Dicho de otro modo, una parte significativa de los servidores públicos justifica su trabajo y remuneración en virtud de la expedición de disposiciones de todo tipo, dando lugar a su vez a la creación de nuevas áreas dentro de las entidades públicas o incluso a la creación de nuevas entidades dedicadas puntualmente a normar (IBARRA 2011: 205).

El principal argumento con el que se trata de justificar la práctica descrita es que la inexistencia de estas áreas o nuevas entidades, sólo derivaría en impedir el cumplimiento del interés público por el que se debe velar, es decir, el

cumplimiento de las demandas más sentidas de nuestra sociedad en aspectos de gran relevancia para el desarrollo económico de nuestro país.

A partir de lo expuesto en el aspecto normativo, podemos advertir que la sobrerregulación también impacta negativamente en el aspecto organizacional de las entidades de la Administración Pública, es decir, en la manera cómo éstas entidades deben estructurarse y organizarse a fin de llevar a cabo sus funciones, tanto las sustantivas (aquellas relacionadas con la razón de su existencia), como las de apoyo (aquellas que le permiten realizar las primeras). Decimos ello en función de la problemática que suscita el hecho de regular sin siquiera reflexionar sobre la forma de ejecución de la regulación propuesta.

A fin de ser más gráficos, podemos traer a cuenta la recurrente emisión de normas presupuestarias y organizacionales con el objeto de racionalizar el gasto público y hacer más eficiente y transparente la función pública (ALTHAUS 2017). Si bien el objetivo de tales normas es controlar el tamaño de las entidades de la Administración Pública –específicamente las estructuras orgánicas y ocupacionales (entiéndase la manera en que se organizan los puestos y el número de los mismos)– las remuneraciones de los servidores públicos, entre otros elementos, por el contrario, estas normas sólo han implicado un impedimento a las entidades para adoptar formas organizativas que faciliten y promuevan la realización de sus funciones sustantivas y adjetivas, debiendo las entidades dedicar grandes cantidades de tiempo y recursos al cumplimiento estricto de las normas en cuestión.

Finalmente, la sobrerregulación afecta al nivel más importante de la Administración Pública: su personal. Entiéndase por tal personal a los servidores públicos que ocupan puestos de mando (caracterizados por la toma de decisiones y por el ejercicio de atribuciones de autoridad), hasta aquellos que ejercen cargos operativos (aquellos que realizan todas las actividades necesarias para el funcionamiento de la institución).

En particular, nos referimos al personal que se considera de confianza, esto es, aquel personal que no pertenece a alguna organización gremial, razón por cual

sus derechos laborales no son defendidos por dichas representaciones. Tal como sabemos, este es el personal, que tanto días laborables como no laborables, desarrolla las tareas, actividades y funciones que permiten a las entidades públicas cumplir con sus objetivos.

Justamente, es al personal de confianza que podemos inferir la sobreregulación afecta en dos supuestos. Primero, desde el punto de vista de su desempeño y desarrollo profesional; y segundo, en la realización cotidiana de las funciones o actividades que tiene a su cargo.

Respecto a su desempeño y desarrollo profesional, al centrarnos en los sistemas de profesionalización o contratación, podemos percibir que la sobreregulación ha originado que, por un lado, las entidades públicas a fin de evitar cumplir con las múltiples reglas en la materia, recurran a los procedimientos de excepción e ingresen de forma temporal a los servidores públicos, quienes son retirados una vez que cumplen con el plazo previsto por la norma sin sacar sus plazas a concurso. Es el caso del frecuente uso de régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS). Por otro lado, conforme a NEVES (2009: 86-93), la sobreregulación ha promovido que las entidades públicas lleven a cabo procesos de reclutamiento y selección viciados o dirigidos para que sean determinadas personas quienes ingresen al sistema de profesionalización de las mismas. De tal forma, podemos señalar que lo más grave de este aspecto radica en que la excesiva regulación en la materia, impide la contratación del personal más calificado, no genera expectativas de desarrollo profesional dentro de las entidades públicas, no recompensa la capacitación o la experiencia del personal, ni garantiza la permanencia y estabilidad de los mejores servidores públicos en los puestos. Entonces, en tal escenario, podemos deducir que la atención al ciudadano no será la más adecuada.

En relación al desempeño de las funciones de los servidores públicos, señalamos con mayor certeza que la sobreregulación resulta ser la verdadera causa de los defectos y deficiencias que percibimos en dichas funciones. Cabe anotar que tratándose de un régimen administrativo en el cual la alta rotación del personal es

la regla, en donde ni la capacitación ni la experiencia son características dominantes del personal de las entidades públicas, en el cual la vocación por el servicio es bastante difícil de hallar; y, en donde las aspiraciones sociales se confunden con las propias, la sobreregulación pasa a ser un caldo de cultivo, en el que se gestan las características más detestadas en los servidores públicos por parte de los particulares como la ineficiencia, la negligencia y la corrupción.

Ello en virtud principalmente de la cantidad difícil de determinar de normas con las que deben cumplir los servidores públicos para poder llevar a cabo sus funciones. Sucede que la gran mayoría de las disposiciones son desconocidas por casi la totalidad de los servidores públicos que tienen la obligación de ejecutarlas. En tal contexto, es que nos encontramos con frecuencia frente a situaciones donde un principio fundamental en la Administración Pública como el de legalidad resulta ser plenamente ignorado por los servidores públicos. Siendo así que los servidores públicos en reiteradas ocasiones tan sólo dan cumplimiento de forma, o sea documental, de acciones que no se llevan a cabo en la realidad o que no logran los objetivos dispuestos en las normas.

IV. ¿Existe sobreregulación municipal en el Perú? La experiencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

Tal como referimos anteriormente, entre las entidades que perjudican más a la sociedad por la excesiva carga regulatoria que emiten constantemente son los gobiernos locales, tanto las municipalidades provinciales como las distritales. Un claro ejemplo de ello son las barreras burocráticas que son identificadas en ordenanzas municipales.

Partamos de la definición de qué se debe entender por barrera burocrática. De acuerdo al inciso 3. del art. 3 de la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (Decreto Legislativo N° 1256), publicado el 08 de diciembre de 2016, la barrera burocrática se define como:

Exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, 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. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

Tales barreras burocráticas pueden materializarse o estar contenidas en disposiciones administrativas (decreto supremo, resolución ministerial, resolución directoral, ordenanza municipal u otra norma de rango administrativo), en actos administrativos dirigidos a una persona natural o jurídica específica (oficio, carta, resolución administrativa, entre otros) o en actuaciones materiales que aprueben, emitan o realicen las entidades públicas como las municipalidades, los gobiernos regionales, los ministerios y, en general, cualquier otra entidad, estatal o sujeta al régimen privado, a que se refiere el art. I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que ejerza función administrativa.

En esa línea, cabe destacar que las barreras burocráticas sólo se originan en el ejercicio de la función administrativa y no en otras funciones como son la legislativa y la jurisdiccional. De tal forma, cualquier otra medida que sea impuesta por el Estado (leyes aprobadas por el Congreso de la República, decretos legislativos aprobados por el Presidente de la República y sus ministros, entre otros) en ejercicio de una función que no sea la administrativa, no debe ser considerada como una barrera burocrática, a pesar de que tal medida efectivamente condicione o regule el desarrollo de actividades económicas o determine reglas para la tramitación de procedimientos administrativos.

Por ejemplo, no califica como barrera burocrática, dentro del ámbito del Decreto Legislativo N° 1256, la exigencia de un capital social mínimo a fin de constituir una entidad financiera, tal como se encuentra regulada en nuestro marco legal vigente, por medio de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702).

Ello en virtud a lo dispuesto por el propio decreto legislativo, ya que tal exigencia fue establecida a través de una ley de alcance nacional, esto es, mediante el ejercicio de la función legislativa, siendo que tal supuesto ha sido excluido como barrera burocrática en el literal a, inciso 3, art. 3 (“Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa”).

A fin de poder ejemplificar con mayor detalle en qué consiste el concepto descrito, podemos tomar en consideración los siguientes casos de barreras burocráticas:

- Los requisitos para obtener una licencia de funcionamiento.
- La imposición de una vigencia determinada a una licencia de funcionamiento, cuando el administrado no lo ha solicitado.
- La exigencia del certificado de mudanza domiciliaria u otra constancia de similar naturaleza.
- El derecho de trámite de un procedimiento para la obtención de una autorización para la ubicación de anuncios publicitarios en vías públicas.
- El impedimento de presentar escritos o solicitudes.

Ahora bien, al momento que las entidades públicas deciden emitir barreras burocráticas, las mismas deben actuar con el propósito de tutelar los intereses públicos que les han sido encargados conforme a sus competencias y según la finalidad para las cuales fueron creadas, procurando alcanzar un equilibrio entre tales intereses públicos y el interés privado que llevan consigo los agentes económicos y/o ciudadanos en general en el ejercicio de sus derechos (derecho a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa o el derecho de petición).

Las barreras burocráticas impuestas que cumplen con sujetarse a la ley y a criterios razonables adquieren una connotación positiva, puesto que contribuyen al buen funcionamiento de las entidades públicas, a la tramitación eficiente de los procedimientos que los agentes económicos y ciudadanos en general inician

ante las mismas entidades, así como al establecimiento de reglas para el desarrollo de actividades económicas, ordenando la participación de los agentes económicos en el mercado, en relación a su ingreso y permanencia en el mismo.

De tal forma, las barreras burocráticas permiten la identificación de las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que deben ser observados por los agentes económicos y ciudadanos en general para llevar a cabo en forma legal las actividades económicas de su elección y/o para la tramitación de procedimientos en los cuales intervienen en calidad de administrados.

Por otro lado, las barreras burocráticas que se establecen sin estar conforme a los factores estipulados en la Decreto Legislativo N° 1256, esto es, (i) las formalidades y procedimientos establecidos por el ordenamiento legal vigente, (ii) las atribuciones y competencias de la entidad que las impone, (iii) las leyes sobre simplificación administrativa o cualquier otro dispositivo legal, y (iv) los criterios razonables, adquieren una connotación negativa, debido a que devienen en ilegales y/o carentes de razonabilidad. Por tanto, es en el caso de este tipo de barreras burocráticas que podemos encuadrar la figura de la sobreregulación descrita en el apartado anterior, puesto que tales barreras precisamente terminan afectando a los particulares y a la propia Administración Pública cuando en realidad su emisión era innecesaria.

En este punto, podemos destacar que nuestro planteamiento y razonamiento sobre las municipalidades como las entidades públicas que producen mayor sobreregulación en el país, no resulta ser una afirmación antojadiza.

Conforme a información recabada por la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI que hemos revisado a efectos de la presente investigación, en los últimos años siempre ha quedado demostrada la tendencia de que las municipalidades son aquellas entidades a las que se les identifica mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad en sus disposiciones administrativas, esto es en su mayoría ordenanzas municipales.

De acuerdo a la referida información, en relación a los tipos de entidades denunciadas por haber impuesto las 1 885 barreras burocráticas del periodo enero – diciembre 2015, se identificó que, 978 barreras burocráticas correspondían a municipalidades distritales (51,88%), 481 barreras burocráticas a municipalidades provinciales (25,52%), 138 barreras burocráticas a ministerios (7,32%); ocho barreras burocráticas a gobiernos regionales (0,42%); y 280 barreras burocráticas a otro tipo de entidades (14,85%).

A su vez, en concordancia con la información recogida por INDECOPI, respecto a los tipos de entidades denunciadas por haber impuesto las 1 305 barreras burocráticas analizadas en el periodo enero – junio 2016, se identificó que, 628 barreras burocráticas fueron impuestas por municipalidades distritales (48,12%), 170 barreras burocráticas impuestas por municipalidades provinciales (13,03%), 80 barreras burocráticas impuestas por ministerios (6,13%); tres barreras burocráticas impuestas por gobiernos regionales (0,23%); y 424 barreras burocráticas impuestas por otro tipo de entidades (32,49%).

De este modo, debe quedar claro que la sobrerregulación efectivamente proviene en su mayoría por parte de los gobiernos locales, tanto municipalidades distritales como provinciales. Si bien la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) realiza un arduo trabajo a fin de eliminar tal sobrerregulación, no debemos olvidar que finalmente se trata de un control *ex post*, y, por lo tanto, mientras tales barreras se encuentran vigentes, se dan los impactos negativos de la sobrerregulación tal como fueron descritos en el apartado anterior. En ese sentido, debemos buscar una vía complementaria al control *ex post* de la CEB, siendo el caso pertinente revisar herramientas como el Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) recientemente implementado por el Poder Ejecutivo.

V. **Propuesta de solución: Adaptación del Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) a nivel municipal ;Contravención a la garantía institucional de la autonomía municipal?**

El Análisis de Impacto Regulatorio o RIA por sus siglas en inglés es una herramienta que pretende asegurar que las decisiones de política pública y regulaciones que adoptan las autoridades se basen en un riguroso análisis costo-beneficio. En ese sentido, se trata de una herramienta cuyo uso no debe restringirse a los organismos reguladores de servicios públicos, sino por toda la administración pública que ejerce el rol normativo o regulatorio: el Congreso de la República, ministerios, gobiernos locales. Sin embargo, en estos últimos casos, el Perú enfrenta retos importantes.

Si bien el RIA fue constituido por la OCDE, dicha herramienta en realidad se basa en buenas prácticas y lecciones aprendidas a lo largo del tiempo por los países que conforman dicha organización. Tales factores dan lugar a recomendaciones relativas a aspectos procedimentales como sustantivos de la regulación.

Entre tales recomendaciones, resalta la necesidad de que los procesos regulatorios sean abiertos y participativos, que la información sea accesible, que las propuestas sean prepublicadas, que se otorguen plazos razonables para su discusión y que haya mecanismos transparentes de toma de decisiones.

En este aspecto, conforme a lo constatado por la propia OCDE (2016), el Perú ha progresado de manera importante, específicamente en lo que respecta a sus reguladores económicos. No obstante, lastimosamente, estas prácticas no concurren en los demás niveles de gobierno que conforman la Administración Pública, donde los avances son bastante menores. Por tanto, se debe considerar como una posibilidad que los Organismos Reguladores, los cuales han venido implementando este tipo de prácticas desde finales de los años 90, en tal sentido, podrían liderar el proceso necesario para que su accionar sea repetido en los distintos estamentos del Estado que ejercen la función normativa o regulatoria.

En esta línea, y a fin de ser considerado como futuro miembro de la OCDE, el Estado peruano ha optado por la implementación gradual del RIA, razón por la cual ha configurado la herramienta conocida como Análisis de Calidad Regulatoria (ACR).

Dentro del marco de delegación de facultades legislativas que otorgó el Congreso de la República al Poder Ejecutivo, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa. A diferencia de los esfuerzos anteriores de simplificación administrativa, esta disposición contempla el ACR de todas las disposiciones normativas de alcance general, a excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley, que establezcan procedimientos administrativos, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento.

Mediante Decreto Supremo N° 075-2017-PCM se aprobó el Reglamento para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecido en el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1310, en el cual se desarrolla los principios de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad que se evalúan en el ACR.

A continuación, pasamos a explicar brevemente en qué consiste el análisis que se realizarán en base a cada uno de los mencionados principios:

(i) Análisis del principio de Legalidad

El análisis del principio de legalidad se basa en la importancia de asegurar que las autoridades administrativas a cargo de procedimientos administrativos actúan con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Así como, garantizar que los procedimientos administrativos cumplan con la legalidad del procedimiento según lo dispuesto en el art. 39 del TUO de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

(ii) Análisis del principio de Necesidad

El análisis del principio de necesidad del procedimiento administrativo se basa en la importancia de asegurar que el procedimiento administrativo contribuya al objetivo de la regulación de resolver un problema relevante, así como analizar si existen o no otras mejores alternativas al procedimiento administrativo.

(iii) Análisis del principio de Efectividad

El análisis del principio de efectividad del procedimiento administrativo se basa en la importancia de verificar que cada una de las obligaciones de información exigida es relevante por contribuir de manera efectiva a alcanzar el objetivo del procedimiento administrativo, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria.

(iv) Análisis del principio de Proporcionalidad

El análisis del principio de proporcionalidad del procedimiento administrativo se basa en analizar la debida proporción entre el objeto del procedimiento administrativo y las obligaciones de información exigidas mediante la determinación y reducción de las cargas administrativas que se genera a los administrados.

Ahora bien, es cierto que el ACR no es una solución definitiva a la problemática planteada en el escenario de la sobrerregulación, ya que debe tomarse en cuenta múltiples factores al momento de su aplicación.

Tengamos en cuenta que en el caso del ACR, se ha creado un tipo de último filtro a fin de revisar las normas emitidas por otras entidades. Sin perjuicio de que sea efectivamente conveniente tal “último filtro”, el ACR debe apuntar a ser bastante más completo, por lo cual se debe iniciar desde antes de pensar en un proyecto de norma específico. Resulta bastante frecuente el error de asumir que el examen de calidad regulatoria se realiza sobre un proyecto de ley. En realidad, con el objeto de surtir efectos más allá de la censura de determinados proyectos, el ACR debe realizarse antes de contar con una alternativa específica. No se trata de una postura caprichosa, sino que las ventajas de una propuesta (o sus costos)

deben ser evaluados en términos relativos, no absolutos. En otras palabras, una propuesta solo puede ser considerada como “buena” o “mala” una vez que ha sido comparada con sus alternativas. Entonces, posterior a la identificación de un problema, se debe pensar en todas las posibles alternativas de solución y luego compararlas entre ellas. En ese sentido, conforme a CARRIGAN (2014: 8), “la capacidad para usar el RIA como fue originalmente pensado está plagado por un problema fundamental: el análisis normalmente se realiza una vez que la decisión sobre qué política seguir ya ha sido tomada”. Lamentablemente, esto no se ha definido con claridad en el cuerpo normativo local que recoge la implementación del ACR.

Otro error que suele darse en aplicación de mecanismos como el ACR es que se suele confundir el análisis costo beneficio con temas meramente presupuestarios o redistributivos. Debe establecerse para los ejecutores que el costo de una norma no es el costo directo al Estado o ni si quiera al ciudadano. El costo que debe considerarse en términos económicos es el costo de oportunidad. Entiéndase que en el caso de un procedimiento solicitado por el Estado, es muy complicado medir el beneficio económico. Usualmente, el beneficio se calcula en virtud a la reducción del precio de un bien. No obstante, los procedimientos estatales no tienen “precio”, propiamente. De tal forma, muchas veces se decide medir más la “razonabilidad” del procedimiento, en el sentido en que no parezca ser una carga desmesurada para el ciudadano y tenga una utilidad tangible para la administración. En base a esto, se ha dicho que:

“Consideramos que en la aplicación convencional del ACB (análisis costo beneficio) a las normas, se está tratando de aplicar a todos los proyectos de ley una metodología que sirve para la evaluación de proyectos de inversión donde claramente existe la posibilidad de proyectar la rentabilidad de los mismos en términos económicos. Sin embargo, hay proyectos que podrán contener materia económica y, por tanto, medirse cuantitativamente, pero otros en que solo se podrá realizar un análisis cualitativo, donde las transferencias equivalentes sí son relevantes porque están afectando a personas y grupos de interés

diferentes o a personas con mejor derecho que otras. Es decir, a nivel normativo, debido a que lo que se regulan son conductas de personas en la sociedad, no se pueden convertir todos los efectos importantes en costos y beneficios y, en muchos casos, no se justifica invertir recursos cuantiosos en análisis que no agregan más argumentos a los tomadores de decisiones en el Congreso. Por ello, el énfasis de la presente guía es identificar todos los efectos relevantes de modo que se faciliten las decisiones de aprobar, rechazar o adecuar propuestas normativas y, así, determinar si una norma es viable o no, sustentados en las ventajas y desventajas que estos efectos produzcan” (GUERRA-GARCÍA y JÁUREGUI 2008: 16).

En consecuencia, se recomienda que los encargados de aplicar el ACR estén en la capacidad de no limitarse a un análisis económico, sino se centren en un análisis pragmático que se adapte a las circunstancias de cada proyecto. El ACR debe procurar que la regulación sea racional, antes que manejar conceptos como el de eficiencia.

A pesar de los comentarios expuestos sobre la aplicación del ACR, consideramos igualmente necesaria su implementación debido a su utilidad y que resulte complementario a la labor de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, al tratarse de una regulación *ex ante*.

No obstante, y en el supuesto en que el Decreto Legislativo N° 1310 amplíe el alcance del ACR a normas con rango de ley emitidas por los gobiernos locales, la discusión recaería en el reclamo que invocarían las municipalidades por considerar que se estaría vulnerando su autonomía, ya que como sabemos el ACR se aplica por funcionarios del Poder Ejecutivo. Cabe hacer el análisis del caso.

El concepto de garantía institucional ha servido de instrumento para constitucionalizar determinadas instituciones que son parte del núcleo esencial que conforma todo ordenamiento jurídico. La “autonomía municipal” es uno de

esos casos a través del cual se busca proteger el ámbito de acción de los gobiernos locales en su interrelación con otros órganos del Estado.

El primer párrafo del art. 194° de la Constitución señala lo siguiente:

“Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen **autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia**. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley”. (el resaltado es agregado)

En ese sentido, debemos considerar a la autonomía municipal como aquel atributo que tienen las municipalidades para administrar o gestionar los intereses propios, los asuntos locales que son de su competencia en forma libre, sin injerencias extrañas, con su propia organización, y conlleva la facultad de darse sus normas, crear Derecho, tener un ordenamiento legal dentro del ámbito local, tener una competencia o conjunto de asuntos y servicios propios y con autoridades municipales elegidas por voto popular.

Al respecto, cabe traer a cuenta lo dispuesto en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0013-2003-AI/TC, caso Municipalidad Provincial de Urubamba, mediante la cual el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(…) frente a la diversidad de significados y contenidos de la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes: a) contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades; b) contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local, y c) contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores [Antonio

Faulo Loras. Fundamentos constitucionales de la autonomía local. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 256-257]”.

En esta línea, cabe señalar que si bien los gobiernos regionales y locales (provinciales y distritales) gozan de autonomía, éstos no pueden olvidar que forman parte de un Estado Constitucional, de modo tal que en virtud al principio de fuerza normativa de la Constitución se encuentran directamente vinculados a ella y, en consecuencia, las decisiones, el ejercicio de sus competencias y el desarrollo de sus relaciones necesariamente deberán respetar las reglas inherentes al principio de lealtad constitucional.

En consecuencia, como ya tuvo oportunidad de advertir el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad N° 0007-2001-AI/TC, la autonomía otorgada a los gobiernos municipales si bien es cierto que les permite desenvolverse libremente en asuntos de naturaleza administrativa, económica y política, no supone, por otro lado, “autarquía funcional” al extremo de que cualquiera de sus competencias pueda desvincularse del sistema político o del orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. Por tanto, no porque un órgano es autónomo deja de pertenecer al Estado ya que sigue formando parte de él y en ese sentido no puede apartarse del sistema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél.

La Constitución, en síntesis, otorga y garantiza a los gobiernos municipales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Sin embargo, dicha autonomía no podrá ser ejercida deliberadamente respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde necesariamente tal autonomía tendrá que ser graduada en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales.

Por tanto, consideramos que sí es viable el hecho de que el cumplimiento de la función normativa de los gobiernos locales, deba pasar por el filtro que configura el ACR. No debe confundirse con un análisis del contenido y fondo de la regulación, ya que ello incluso obedece a decisiones de carácter político, sino se

trata apuntar a verificar principalmente el nivel de racionalidad de las propuestas normativas. Si bien las decisiones que se hagan en función del ACR serían de carácter vinculante para los gobiernos locales, ello no implicaría una censura arbitraria a su función normativa.



VI. Conclusiones

1. Efectivamente, el Perú está atravesando en la actualidad una problemática como la sobrerregulación. A pesar del proceso de liberalización que se produjo a partir de principios de los años 90, el escenario hoy es distinto y se han retomado prácticas obsoletas como la de entender que a mayor regulación de las actividades económicas de los agentes del mercado, entonces se protege con mayor acierto el interés público. En el caso del presente análisis, es un hecho que los principales agentes de la Administración Pública que están incurriendo en dicha práctica son los Gobiernos Locales, es decir, las municipalidades provinciales y distritales.
2. Ante tal escenario, si bien la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas está realizando una labor bastante productiva a fin de detener tal sobrerregulación, su función no resulta suficiente por tratarse de un control *ex post*. En otras palabras, no puede solucionar el problema de raíz. Es en este contexto que resulta como una alternativa la implementación del Análisis de Calidad Regulatoria en el ámbito municipal. Asumiendo el escenario en el que mediante modificación legislativa se amplíe el alcance de este instrumento a normas con rango de ley emitidas por gobiernos locales, no podría alegarse que su aplicación vulneraría la garantía de autonomía municipal, puesto que la misma no supone “autarquía funcional” al extremo de que cualquiera de sus competencias pueda desvincularse del sistema político o del orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal.

VII. Bibliografía

ALTHAUS, Jaime

2017 “La sobrerregulación no es ideológica”. *El Comercio*. Lima, 30 de junio.

BELAUNDE, Gregorio

2014 “Regulación, Sobre-regulación y ‘Riesgo de Incumplir’”. *Gestión*. Lima, 10 de agosto.

CARRIGAN, Christopher.

2016 “What’s Wrong with the Back of the Envelope? A Call for Simple (and Timely) Benefit-Cost Analysis”. En *Regulation and Governance*. Columbian College of Arts & Sciences, N° 10, Washington.

DÁVILA, Santiago

2015 “Sobrerregulación reduce la competencia y limita las inversiones”. *El Comercio*. Lima, 10 de julio.

GUERRA-GARCÍA, Gustavo y Greta JÁUREGUI.

2008 *Guía para la evaluación de proyectos de ley*. Lima: Asociación Civil Transparencia y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID).

IBARRA, Luis

2011 “La sobrerregulación: freno al desarrollo y causa de corrupción”. En *Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, N° 4, Distrito Federal.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)

2016 *Reporte de Barreras Burocráticas*. Lima.

2015 *Reporte de Barreras Burocráticas*. Lima.

MÁLLAP, Jhonny

2013 *Comentarios a régimen normativo municipal: comentarios, artículo por artículo, a la Ley Orgánica de Municipalidades y a la Ley de Bases de la Descentralización*. Lima: Gaceta Jurídica.

MONGILARDI, Mario

2016 “Facilitar el camino”. En *La Cámara*. Cámara de Comercio de Lima, N° 749, Lima.

NEVES, Javier

2009 “Principales objeciones al contrato administrativo de servicios”. En *Laborem*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 9, Lima.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

2016 *Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria*. Paris: OECD Publishing.

REBOLLO, Manuel

2009 “Lección 12: La Actividad de Limitación”. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel, pp. 13-45.