

Pontificia Universidad Católica del
Perú Facultad de Derecho



PUCP

Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

Calidad regulatoria en gobiernos locales

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho Público y Buen Gobierno

AUTORA:

Ximena Azucena Loaiza Porcel

ASESOR:

Tommy Ricker Deza Sandoval

CÓDIGO DE LA ALUMNA:

20122025

AÑO

2020

RESUMEN

Considerando la importancia de calidad regulatoria para la eficiencia y eficacia de la acción estatal, y que los gobiernos locales muchas veces no ejercen adecuadamente sus competencias regulatoria exclusivas y discrecionales sobre diversas materias, el presente artículo tiene el objetivo identificar mecanismos de mejora de la calidad regulatoria a nivel local a partir del análisis de tres ordenanzas identificadas como barrera burocrática carente de razonabilidad. El análisis de los tres casos revela múltiples debilidades incluso en municipalidades de altos ingresos y con amplios recursos humanos. Concluimos que es posible y necesario que los gobiernos locales incorporen en el corto plazo mecanismos de AIR, por lo menos en un nivel básico. Esta obligación debe formar parte de una estrategia de mejora regulatoria a nivel local liderada por la Secretaría de Gestión Pública donde se incluya también orientación, guías y capacitaciones al personal de los mismos. Esta estrategia debe ser adecuada a los diversos tipos de municipalidades y progresivamente aumentar el estándar de calidad regulatoria.

Índice

1.	Introducción.....	1
2.	Los gobiernos locales en Perú y sus facultades de regulación.....	2
3.	El Análisis de Impacto Regulatorio.....	8
4.	Ejercicio de facultades discrecionales en gobiernos locales: tres casos analizados por los órganos de eliminación de barreras burocráticas.....	11
4.1	Determinación de horarios de funcionamiento: Ordenanza 474-MSI de la Municipalidad Distrital de San Isidro.....	12
4.1.1	Procedimiento municipal.....	12
4.1.2	Procedimiento de barreras burocráticas.....	15
4.2	Determinación de horarios de funcionamiento: Ordenanza 497/MM de la Municipalidad Distrital de Miraflores.....	16
4.2.1	Procedimiento municipal.....	16
4.2.2	Procedimientos de barreras burocráticas.....	19
4.3	Determinación de horarios de circulación: Ordenanza 038-2017-MPC de la Municipalidad Provincial de Cusco.....	20
4.3.1	Procedimiento municipal.....	20
4.3.2	Procedimiento de barreras burocráticas.....	25
5.	¿Cómo mejorar la calidad regulatoria en gobiernos locales?.....	27
5.1	Conclusiones respecto de los casos.....	27
5.2	Consideraciones generales.....	31
5.3	Pautas.....	34
6.	Conclusiones.....	36
7.	Bibliografía.....	38

Calidad regulatoria en gobiernos locales

1. Introducción

La calidad regulatoria es un aspecto central para garantizar el desarrollo humano de nuestro país dado que los recursos estatales son limitados y debemos asegurarnos que se destinan de la forma más eficiente y efectiva. Los gobiernos locales están sujetos a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en todas sus actuaciones, así como al principio de legalidad, pero actualmente no están obligados a seguir alguna metodología para garantizar la calidad de la regulación que, en el marco del ejercicio de sus facultades exclusivas discrecionales, impongan a los administrados.

Los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas son un mecanismo de análisis ex post de la regulación local a cargo del Indecopi. Múltiples pronunciamientos de los órganos competentes del Indecopi declarando barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad diversas ordenanzas emitidas por gobiernos locales dan cuenta que estos no están ejerciendo sus competencias de la forma más adecuada.

Ante este escenario el presente artículo tiene por objetivo identificar las deficiencias en el proceso regulatorio, que llevaron a tres ordenanzas de tres gobiernos locales distintos a ser declaradas barrera burocrática carente de razonabilidad, como una muestra de los desafíos que enfrentan actualmente los gobiernos locales, y a partir de estas identificar oportunidades de mejorar la calidad regulatoria a nivel local. Además, se reseña el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) como una importante herramienta de calidad regulatoria y la heterogénea realidad de los gobiernos locales en nuestro país.

Concluimos que el análisis de los tres casos declarados barrera burocrática carente de razonabilidad por los órganos de eliminación de barreras del Indecopi revela múltiples debilidades incluso en municipalidades de altos ingresos y con amplios recursos humanos. Asimismo, que es posible y necesario que los gobiernos locales incorporen en el corto plazo mecanismos de AIR, por lo menos en un nivel básico. Esta obligación debe formar parte de una estrategia de mejora regulatoria a nivel local liderada por la Secretaría de Gestión Pública donde se incluya también orientación, guías y capacitaciones al

personal de los mismos. Esta estrategia debe ser adecuada a los diversos tipos de municipalidades y progresivamente aumentar el estándar.

2. Los gobiernos locales en Perú y sus facultades de regulación

En el Perú existen 196 Municipalidades provinciales y 1 678 municipalidades distritales, en total se cuenta con 1874 gobiernos locales. Estas municipalidades viven realidades muy heterogéneas, por esta razón y para una mejor gestión el Ministerio de Economía y Finanzas las clasifica en tipos.

Actualmente las municipalidades se clasifican en siete tipos de acuerdo con lo establecido en Decreto Supremo N° 296-2018-EF, del 13 de diciembre de 2018, que estableció una nueva clasificación municipal actualizada, que distingue municipalidades provinciales de las distritales y dentro de estas dos categorías se distinguen en dos tipos (A y B) para municipalidades provinciales y en cinco tipos (C, D, E, F y G) para municipalidades distritales en base a criterios territoriales, de urbanización, sociales, económicos, y fiscal e institucionales.

Clasificación Municipal Actualizada				
Nombre del grupo	Jurisdicción	Abreviatura	N°	%
Municipalidades pertenecientes a ciudades principales	Provincial	Tipo A	74	3.95
Municipalidades no pertenecientes a ciudades principales		Tipo B	122	6.51
Municipalidades de Lima Metropolitana	Distrital	Tipo C	42	2.24
Municipalidades de otras ciudades principales		Tipo D	129	6.88
Municipalidades no consideradas ciudades principales y al menos 60% de población urbana		Tipo E	378	20.17
Municipalidades no consideradas ciudades principales, al menos 30% y menos de 60% de población urbana		Tipo F	509	27.16
Municipalidades no consideradas ciudades principales con menos de 30% de población urbana		Tipo G	620	33.08
TOTAL			1874	100

Fuente: “Marco Conceptual del Programa de Incentivos a la Mejora de la Gestión Municipal” elaborado por la Dirección de Calidad del Gasto Público Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas

Algunas características que podemos resaltar, de acuerdo con lo recogido por el Informe del INEI de indicadores de gestión municipal, que procesa los hallazgos del Registro Nacional de Municipalidades 2018 y 2019, son los siguientes:

Si bien todas las municipalidades cuentan con computadoras, al 2019 no todas cuentan con conexión a internet, es específico 153 no cuentan con este servicio básico. Los ingresos son también muy heterogéneos: el informe detalla que, en el año 2018, las municipalidades del ámbito de la provincia de Lima y de los departamentos de Cusco, Áncash, Arequipa, La Libertad, Piura y Cajamarca recibieron el 60,0% del total de los ingresos recaudados por las municipalidades a nivel nacional, mientras que las municipalidades con menores ingresos (de los departamentos de Pasco, Tumbes y Madre de Dios) representaron apenas el 2,2% del total de ingresos. Sobre este punto, también se puede apreciar que el informe da cuenta de que, a nivel nacional, el 42,8% de municipalidades recaudaron ingresos mayores a 8 millones de soles, el 20,4% con ingresos de 4 millones hasta 8 millones de soles y el 36,8% con ingresos menores a 4 millones de soles.

En nuestro país los gobiernos locales cuentan con competencias para regular discrecionalmente sobre algunas materias detalladas principalmente en la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, Ley 27783) y en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, Ley 27972). Las competencias específicas varían dependiendo si se trata de municipalidades provinciales o de municipalidades distritales.

La Ley 27783 dispone, en su artículo 42, que algunas de las competencias municipales exclusivas relacionadas a la facultad de regular son: normar la zonificación, urbanismo, acondicionamiento territorial y asentamientos humanos (art. 42.b), y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local (art. 42.c).

Por su parte, la Ley 27972 señala como materias sobre las que las municipalidades provinciales tienen competencia exclusiva para regular las siguientes:

Materia	Facultades regulatorias
Organización del espacio físico y uso del suelo (art. 79.1)	Aprobar la regulación provincial respecto del otorgamiento de licencias y las labores de control y fiscalización de las municipalidades distritales en las materias reguladas por los planes de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano, Desarrollo Rural, Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos, y el Esquema de Zonificación de áreas urbanas de acuerdo con las normas técnicas de la materia. Regular sobre otorgamiento de licencias de construcción, remodelación o demolición; y sobre autorizaciones para ubicación de anuncios y avisos publicitarios y propaganda política.
Saneamiento, salubridad y salud (art. 80.1)	Regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial, así como regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.
Tránsito, vialidad y transporte público (art. 81.1)	Normar y regular el transporte terrestre, fluvial y lacustre a nivel provincial; el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción (de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia); los sistemas de señalización y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos; el transporte público y el transporte de carga, regular el funcionamiento de terminales terrestres y normar y regular la circulación de vehículos menores motorizados o no motorizados, tales como taxis, mototaxis, triciclos, y otros de similar naturaleza.
Educación, ciencia, tecnología, innovación, cultura, deportes y recreación (art. 82.18)	Normar, coordinar y fomentar el deporte y la recreación, de manera permanente, en la niñez, la juventud y el vecindario en general, mediante las escuelas comunales de deporte, la construcción de campos deportivos y recreacionales o el empleo temporal de zonas urbanas apropiadas, para los fines antes indicados; coordinan con las entidades públicas responsables y convocan la participación del sector privado.
Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (art. 83.1)	Regular las normas respecto del acopio, distribución, almacenamiento y comercialización de alimentos y bebidas, en concordancia con las normas nacionales sobre la materia. Establecer las normas respecto del comercio ambulatorio.
Programas sociales, defensa y promoción de derechos (art. 84.1)	Regular las acciones de las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes, DEMUNA, adecuando las normas nacionales a la realidad local.
Seguridad ciudadana (art. 85.1)	Normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas, campesinas o similares, de nivel distrital o del de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley.

Respecto de las Municipalidades distritales, la Ley 27972 contiene las siguientes facultades de regulación:

Materia	Facultades regulatorias
Organización del espacio físico y uso del suelo (art. 79.3)	Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de habilitaciones urbanas, construcción, remodelación o demolición de inmuebles y declaratorias de fábrica, ubicación de avisos publicitarios y propaganda política; apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación; construcción de estaciones radioeléctricas y tendido de cables de cualquier naturaleza.
Saneamiento, salubridad y salud (art. 80.3)	Regular el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales.
Educación, ciencia, tecnología, innovación, cultura, deportes y recreación (art. 82.18)	Normar, coordinar y fomentar el deporte y la recreación, de manera permanente, en la niñez, la juventud y el vecindario en general, mediante las escuelas comunales de deporte, la construcción de campos deportivos y recreacionales o el empleo temporal de zonas urbanas apropiadas, para los fines antes indicados; coordinan con las entidades públicas responsables y convocan la participación del sector privado.
Abastecimiento y comercialización de productos y servicios (art. 83.3)	Regular y controlar el comercio ambulatorio, de acuerdo a las normas establecidas por la municipalidad provincial.

Un problema respecto al ejercicio de estas facultades por parte de las municipalidades es que frecuentemente no emiten normas de calidad, incurriendo en la contravención de los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad o de otras normas con rango legal.

Un indicador de este problema es el elevado número de barreras burocráticas detectadas por los órganos de eliminación de barreras burocráticas en disposiciones administrativas emitidas por gobiernos locales (en su mayoría Ordenanzas Municipales). Como explicaremos más adelante, el sistema de eliminación de barreras burocráticas se avoca a toda exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro 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.

Como se ha señalado, los gobiernos locales pueden regular sobre una serie de materias, pero incluso en el acotado ámbito que controla el Indecopi a través de sus órganos de eliminación de barreras burocráticas solo en los últimos dos años se han identificado e inaplicado decenas de disposiciones ilegales o carente de razonabilidad mostrando así una preocupante tendencia de numerosas municipalidades de no observar los mínimos estándares de calidad al regular.

Algunos datos relevantes¹ para ilustrar el problema señalado son los siguientes:

Del índice de barreras burocráticas de acceso al mercado impuestas a nivel local 2018²:

Comisión	Total de casos	De estos contra gobiernos locales	Barreras burocráticas
Lima sede sur	379	192 (23 de oficio)	111
ORI Piura	29	24 (0 de oficio)	10
ORI La Libertad	17	14 (0 de oficio)	4
ORI Lambayeque	8	7 (1 de oficio)	6
ORI Arequipa	19	18 (5 de oficio)	8
ORI Cusco	23	19 (5 de oficio)	6
ORI Ica	20	20 (0 de oficio)	8
ORI Junín	64	63 (0 de oficio)	44
ORI Cajamarca	5	5 (5 de oficio)	4
ORI Puno	6	5 (0 de oficio)	4
ORI Tacna	11	11 (3 de oficio)	9
ORI San Martín	7	7 (5 de oficio)	2
Total	588	385	216

Asimismo, respecto de los datos disponibles de 2019, se debe considerar que el ranking negativo de barreras 1: entidades de la administración pública con mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, entre enero y junio de 2019,

¹ Se debe advertir que los datos sobre el número de barreras burocráticas, el tipo de barrera, el medio de materialización y el nivel de gobierno al que pertenecen se encuentran dispersos en diferentes informes que emite el Indecopi y en algunos casos son contradictorios, asimismo, la información de la primera y segunda instancia de barreras burocráticas no tiene siempre indicadores uniformes. Además, se debe considerar que el buscador de resoluciones no es muy fino, por ejemplo, no permite buscar por tipo de barrera (ilegal o carente de razonabilidad). Sin embargo, a partir de diferentes documentos consideramos relevante la información a detallar.

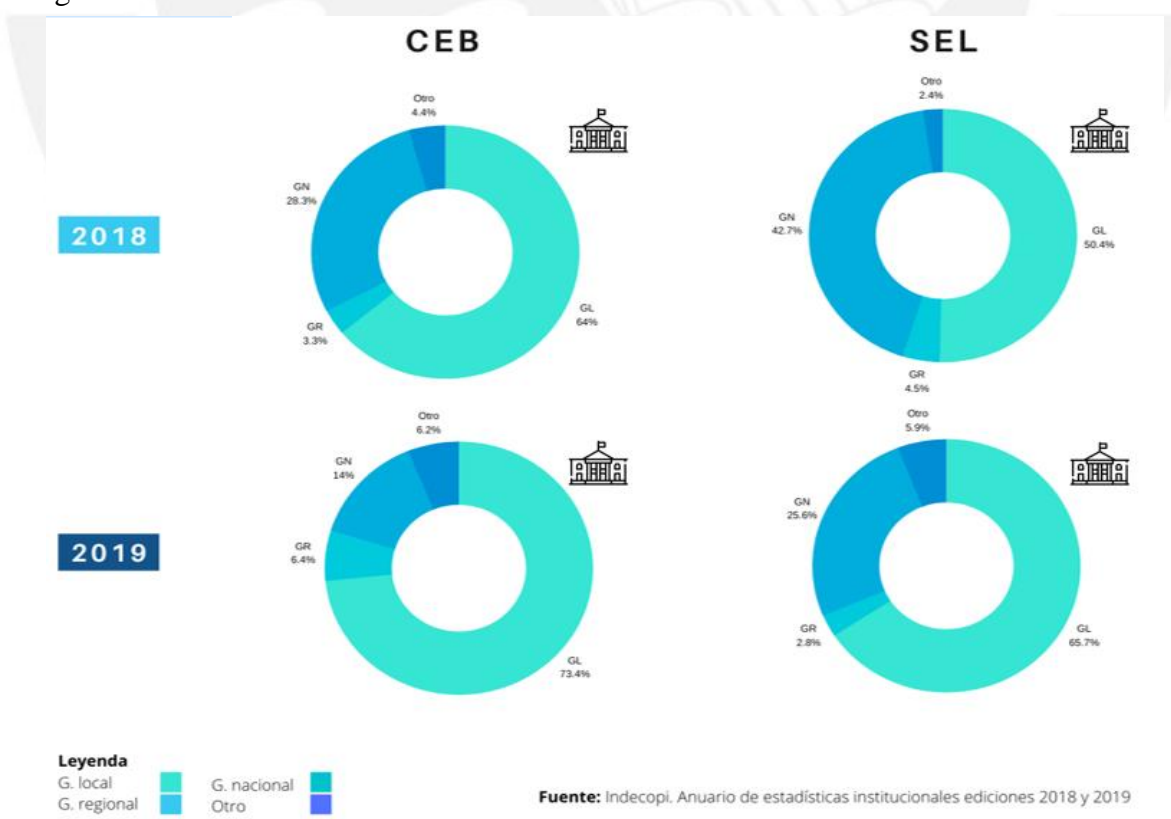
² El índice del 2019 todavía no se encuentra disponible.

da cuenta de que los gobiernos locales suman 102 barreras burocráticas (esto es el 53.13% del total) en los casos resueltos a nivel nacional. De estas, 51 se encontraban en Ordenanzas.

Por otro lado, del ranking positivo de barreras 1: Entidades de la administración pública con mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente entre enero y diciembre de 2018, se concluye que, de un total de 5 640 barreras, 4 722 correspondían a gobiernos locales. Y en el mismo ranking, pero en el periodo de enero a junio de 2019, se informa que los gobiernos locales eliminaron voluntariamente 3 032 barreras burocráticas de las 3 384 eliminadas en total.

Asimismo, un dato importante sobre el impacto que generan las barreras burocráticas en la sociedad se aprecia en la conclusión de un estudio³ de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi que revela que la eliminación voluntaria o inaplicación de 6 405 barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad en el 2018 implicó el ahorro de 104 millones de soles para la ciudadanía y los agentes económicos, a nivel nacional.

Finalmente, como se puede ver a continuación en los últimos dos años, los gobiernos locales han sido las entidades más denunciadas ante la primera instancia de Lima y la segunda instancia nacional:



³ 'Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2018'

Estos datos se refieren tanto a barreras burocráticas ilegales como a las carentes de razonabilidad y, si bien la información no es tan detallada como sería deseable, en general nos da una idea de que en todo el país las municipalidades están incurriendo en contravenciones a los principios de legalidad y razonabilidad generando elevados costos para la sociedad, y no solo económicos. Incluso si el Indecopi ha logrado que numerosas barreras burocráticas sean voluntariamente eliminadas y ha dispuesto la inaplicación de otras tantas, el solo hecho de que hayan sido mal diseñadas y hayan sido impuestas durante un tiempo variable implica consecuencias negativas evitables.

3. El Análisis de Impacto Regulatorio

Debemos considerar que cuando el Estado limita los derechos individuales mediante la regulación debe asegurarse que esta es necesaria y proporcional, en armonía con los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

Además, como señala Francisco Ochoa (2020) es importante que no se vea al proceso regulatorio como lineal sino como un ciclo: diseño, emisión, publicación, implementación, monitoreo, evaluación posterior (que puede derivar en derogar la norma, mantenerla o introducir cambios) y el ciclo vuelve a empezar.

Desde 1995 (OCDE 2009) la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) recomienda utilizar el Análisis de Impacto Regulatorio (en adelante, AIR) para mejorar la calidad de la regulación. La OCDE (2008:3) sostiene que la importancia de la calidad en la regulación deriva de que los costos para la sociedad producto de una regulación de baja calidad son sustanciales: incrementa los costos de cumplimiento para los negocios y otros grupos sociales, normalmente lleva a complejidades innecesarias, está asociada a la incertidumbre respecto de las obligaciones legales y reduce la habilidad de los gobiernos para alcanzar sus objetivos.

Considerando que la regulación implica una inversión de recursos tanto para el Estado (que la diseña, implementa y fiscaliza) como para los administrados (que deben cumplirla) y que, como señala la OCDE (2008:4), el número y tipo de regulación que puede ser adecuadamente “incorporada” (*absorbed*) por las economías y que el Estado

puede hacer cumplir, es limitada, la calidad, entendida como efectividad y eficiencia, de la regulación que exista es crucial. Al respecto, la OCDE sostiene (2008:4) que el AIR facilita asegurar que la regulación sea tan efectiva (es decir que logra el objetivo trazado inicialmente) y eficiente (es decir que alcanza el objetivo al menor costo para la sociedad) como sea posible.

Entre sus beneficios podemos considerar los que identifica Marcos (2009:346) al señalar que el AIR proporciona solidez a la decisión adoptada, y favorece la comunicación interna y externa de las propuestas normativas facilitando el reconocimiento y aplicación de la norma que resulte del proceso. Asimismo, Quintana (2011:16) apunta que el AIR busca hacer más racional la regulación, en ese sentido podemos decir que el AIR ayuda a encausar adecuadamente la discrecionalidad y reducir la posibilidad de arbitrariedad.

La opinión unánime es que no existe una metodología única para llevar a cabo el AIR. Para su implementación existen diversas aproximaciones y metodologías que cada país deberá evaluar para asegurarse que el modelo que implementa es el más adecuado a su realidad.

Por ejemplo, la OCDE (2009:24-25) señala que el AIR requiere de una cantidad importante de recursos para asegurar que sea de alta calidad, y resalta que la implementación del AIR es un proceso a largo plazo que necesita de una serie de elementos previos y una aproximación multifacética para alcanzar su mayor efectividad.

Por su parte, Renda (2015:36-37) señala que los pasos clave para un AIR clásico son los siguientes: en primer lugar, definir el problema; en segundo lugar, identificar las opciones de regulación; en tercer lugar recolectar data; en cuarto lugar, evaluar todas las alternativas bajo alguna de las metodologías más aceptadas (como el análisis costo-beneficio, el análisis costo-efectividad o los análisis de riesgos) se debe incluir no posibilidad de regular, en quinto lugar se debe identificar la opción más adecuada de las evaluadas y finalmente establecer provisiones para el monitoreo y evaluación.

Por otro lado, Francisco Ochoa (2020) considera que es posible realizar un AIR básico que garantice un mínimo de reflexión y análisis de costo-beneficio y alternativas, aún

cuando los plazos para emitir una regulación sean muy cortos por las circunstancias, y añadimos nosotros, incluso si los recursos económicos y humanos no son los ideales.

En ese sentido, Ochoa propone tres etapas básicas: en primer lugar, identificar el problema que se pretende resolver o que se contribuye a resolver con la regulación, en segundo lugar, identificar las alternativas para lograr el objetivo trazado y finalmente analizar los pros y contras de cada una bajo los enfoques más pertinentes.

El mismo autor señala que el primer paso es crucial en tanto permite determinar la razón por la cual se evalúa la posibilidad regular e indica que se debe analizar adecuadamente el problema identificando sus causas y el contexto en el que surge, resalta que en este paso la evidencia es clave. En el segundo paso advierte evitar defender una decisión ya tomada y resalta la importancia de considerar real y objetivamente diferentes alternativas frente al problema identificado, considerando la posibilidad de autoregulación voluntaria o dirigida y la persuasión. Finalmente señala que se debe “hacer competir las alternativas” - lo que según su visión constituye el análisis de impacto propiamente dicho – analizando los pros y contras de todas las alternativas. Para este propósito Ochoa señala que se puede recurrir a diversas metodologías (como el análisis multicriterio, costo-beneficio, costo-eficiencia, entre otros) pero propone como un mínimo necesario un análisis sencillo de pros y contras de cada alternativa. Ochoa resalta que es usual que ni este mínimo se lleve a la práctica en la realidad. Finalmente, dicho autor sostiene que, en adición a este modelo básico, de ser el caso, se puede introducir mecanismos de consulta y participación.

Ochoa advierte que el riesgo de omitir por completo cualquier tipo de AIR es que la regulación puede generar efectos negativos inmediatos o a largo plazo, por lo que recomienda aplicarlo siempre por lo menos en su modelo básico.

Marcos (2009:345) es de la misma opinión, considera que difícilmente un AIR será un estudio “omnicomprensivo, exhaustivo y exacto que cubra todas las dimensiones afectadas por la norma”, y, sin embargo, se trata de una herramienta muy importante para mejorar la calidad regulatoria, en particular dicho autor opina (2009:345) que el AIR “(...) se trata de una herramienta de gran valor en la elaboración de las normas. Por muy incompleta que sea la información o los datos que se aportan en los estudios de impacto, el órgano encargado de adoptar la norma se encontrará en mejores condiciones de hacerlo

al disponer de esa información”. Además, apunta (2009:345) que los procedimientos de AIR facilitan y favorecen los mecanismos de consulta y participación que pueden enriquecer el proceso aportando datos y alternativas.

4. Ejercicio de facultades discrecionales en gobiernos locales: tres casos analizados por los órganos de eliminación de barreras burocráticas.

Como se ha señalado, una de las formas de verificar la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las normas emitidas por los gobiernos locales en nuestro país es el sistema de eliminación de barreras burocráticas a cargo del Indecopi.

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas está regulado por el Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, el Decreto Legislativo 1256) y se trata de un procedimiento de revisión posterior de disposiciones administrativas, actos administrativos o actuaciones materiales que constituyan barrera burocrática⁴ con el objetivo de disponer su inaplicación en favor de todos los agentes económicos (inaplicación con efectos generales) o en favor de la persona natural o jurídica que haya denunciado (inaplicación al caso concreto).

La finalidad de este procedimiento es tutelar los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención o la eliminación de barreras burocráticas. El Decreto Legislativo 1256 establece una metodología específica para analizar la legalidad y, de ser el caso, la carencia de razonabilidad del caso en concreto.

En breve esta metodología implica analizar primero la legalidad de la medida denunciada en tres pasos: competencia de la entidad para establecer y/o aplicar la barrera burocrática,

⁴ De acuerdo con el numeral 3 del artículo 3, una barrera burocrática es toda 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.

cumplimiento de los procedimientos y/o formalidades legales, y posible contravención de alguna norma y/o principio de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal, si la medida no supera los tres análisis se declara barrera burocrática ilegal.

Si la medida supera este primer filtro se continúa con el análisis de razonabilidad, habiendo comprobado previamente que el denunciante presentó indicios de carencia de razonabilidad. En este segundo paso, el análisis se realiza en dos partes: análisis de arbitrariedad (donde se verifica si antes de imponer la barrera la entidad identificó el interés público a tutelar, la existencia de un problema y la idoneidad de la medida) y el análisis de proporcionalidad (donde se verifica si antes de imponer la barrera la entidad realizó una evaluación de beneficios y costos, verificó que los beneficios eran mayores, y evaluó medidas alternativas). Basta que la presunta barrera resulte ser arbitraria o desproporcional bajo estos parámetros para que se declare la carencia de razonabilidad.

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1256 es acotado, pues no todas las disposiciones administrativas pueden ser analizadas por los órganos de eliminación de barreras burocráticas y estos solo van a analizar específicamente lo que se denuncie y no la norma en su totalidad (a menos que se trate de un procedimiento de oficio). Sin embargo, hemos escogido los tres casos a continuación porque suponen un punto de partida: nos permiten analizar el procedimiento de emisión de una disposición administrativa que una autoridad administrativa encontró en todo o en parte carente de razonabilidad bajo el estándar del Decreto Legislativo 1256.

4.1 Determinación de horarios de funcionamiento: Ordenanza 474-MSI de la Municipalidad Distrital de San Isidro

4.1.1 Procedimiento municipal

La Ordenanza 474-MSI, que aprueba el Reglamento Integrado Normativo – RIN del Distrito de San Isidro (en adelante, la Ordenanza 474-MSI), emitida por la Municipalidad Distrital de San Isidro (en adelante, la Municipalidad de San Isidro) regula, entre otros, los horarios de funcionamiento de las actividades urbanas en el artículo 17⁵ de la Norma

⁵ **Ordenanza 474-MSI**
Norma SI-002: Normativa de niveles operacionales y estándares de calidad
Artículo 17.- Horarios de funcionamiento de las actividades urbanas

SI-002 del RIN: Normativa de niveles operacionales y estándares de calidad (en adelante, Norma SI-002). La norma que regulaba los horarios de funcionamiento antes de la Ordenanza 474-MSI era la Ordenanza 387-MSI, Ordenanza que aprueba el Reglamento de Licencias de Funcionamiento en el distrito de San Isidro del 2015.

La formulación de la propuesta del RIN estuvo a cargo de la Gerencia de Planeamiento Urbano desde mediados del 2017. Como se aprecia en el Informe 012-2018-1700-GPU/MSI del 14 de febrero de 2018, informe final sobre la propuesta normativa consolidada emitido por dicha gerencia dirigido a la Gerencia Municipal, siete otras oficinas⁶ de la Municipalidad emitieron recomendaciones y finalmente su opinión favorable entre noviembre de 2017 y enero de 2018. Asimismo, el Informe da cuenta de coordinaciones con la Gerencia Municipal y la Comisión de Regidores.

Los siguientes horarios rigen para los establecimientos comerciales con Licencia de Funcionamiento emitida a partir de la vigencia de la presente norma:

17.1. Horario General: de lunes a domingo de 07:00 a 23:00 horas.

Corresponde a todos los locales comerciales, oficinas y de servicios de cualquier tipo.

17.2. Horario Extendido: únicamente para los días viernes, sábado y vísperas de los días feriados será en el horario de 07:00 a 03:00 horas del día siguiente.

Solo podrán acogerse a este beneficio los siguientes giros, previa,[sic] únicamente para los siguientes usos comerciales:

- a. Restaurantes, cafeterías y similares.
- b. Cines, teatros y salas de convenciones.
- c. Galerías de arte y de exhibición.
- d. Farmacias y boticas.
- e. Bodega gourmet sólo en zonificación comercial del distrito.
- f. Minimarket sólo en zonificación comercial del distrito.

17.3. Horario Extraordinario: de lunes a domingo, las 24 horas.

Únicamente podrán acogerse a este beneficio los siguientes giros, previa solicitud:

- a. Establecimientos de hospedaje.
- b. Farmacias y boticas.
- c. Establecimientos de salud con atención de emergencia.
- d. Laboratorios clínicos con análisis y diagnóstico por imágenes, solo en zonas comerciales del distrito.
- e. Minimarket, sólo en la Zona de Emisiones Neutras (ZEN) del distrito.
- f. Centros de llamadas (call center), solo en zonas comerciales del distrito.
- g. Cajeros automáticos.
- h. Agencias de información y noticias.
- i. Funerarias y salones velatorios.
- j. Playas de estacionamientos.
- k. Garajes y edificios de estacionamiento.
- l. Agencia de información y de noticias.
- m. Estaciones de servicio y actividades complementarias.

17.4. Horario Eventual: hasta la 01:00 horas del día siguiente, en épocas de campañas comerciales, sólo en la semana previa a las fiestas de Navidad, Año Nuevo, Aniversario Patrio, Día del Padre y Día de la Madre.

17.5 El incumplimiento de las disposiciones indicadas en este Artículo constituye causal para el inicio del procedimiento de revocatoria de la Licencia de Funcionamiento otorgada, sin perjuicio de la imposición de las sanciones respectivas por el órgano competente.

⁶ Las gerencias de Autorizaciones, Control Urbano, Asesoría Jurídica, Sostenibilidad, Seguridad Ciudadana y Gestión de Riesgo de Desastres y las subgerencias de Movilidad Urbana y de Medio Ambiente.

El RIN y su Exposición de motivos señalan que su objetivo es integrar, bajo un solo cuerpo normativo, todas las normas referidas o aplicables al ámbito de la propiedad privada: la regulación urbanística y edificatoria, la normativa sobre niveles operacionales y estándares de calidad y la normativa sobre ornato. Esto teniendo en cuenta que se había encontrado en la normativa vigente en ese momento falta de adecuación a las normas metropolitanas y nacionales vigentes, redundancia, falta de claridad, falta de armonía con otras normas, entre otros problemas.

La propuesta consta de cerca de 60 páginas y evidencia que la propuesta del RIN fue ampliamente analizada y considerada por diferentes unidades orgánicas de la municipalidad. Para su elaboración se listó y analizó todas las normas vigentes en ese momento sobre los temas que se querían integrar en el RIN, Sobre algunas normas se emitieron recomendaciones de cambio, la Ordenanza 387-MSI no fue una de estas.

La propuesta solo se refiere brevemente al Título III (Normativa de Niveles Operacionales y estándares de calidad) de la Norma SI-02. Los horarios están regulados en este Título III y son mencionados tangencialmente. Sobre la Norma SI-02 el proyecto señala que “[establece] las regulaciones técnicas de las actividades comerciales, administrativas y de servicios del distrito en función a su ubicación y compatibilidad de acuerdo a la zonificación vigente, determinando además los estándares de calidad y los niveles operacionales que se deben cumplir para preservar, recuperar o elevar la calidad urbana de cada zona, siendo de aplicación complementaria a las normas generales de obligatorio cumplimiento.”

Además, se indica que el fin de esta norma es “alcanzar un alto grado de protección de las personas y del medio ambiente en su conjunto, para garantizar una mejor calidad de vida, mediante la utilización de los instrumentos necesarios que permitan prevenir y evitar o (cuando ello no fuera posible), mitigar o minimizar, corregir y controlar los impactos y afecciones de todo tipo que las actividades comerciales puedan originar sobre las zonas residenciales del distrito.”

Asimismo, el proyecto señala que los niveles operacionales planteados “restringen el desarrollo de las actividades urbanas de acuerdo a la zonificación correspondiente o el lugar en que se localizan los predios. Estas restricciones están referidas a: potencias de

equipos, energía máxima a utilizar, generación de ruidos y vibraciones, emisión de humos, olores y gases, intensidad de luz y calor, cantidad máxima de personal o trabajadores, horarios en que se pueda desarrollar la actividad, almacenamiento y requerimiento para carga y descarga de mercadería.” (subrayado agregado)

La Exposición de Motivos incluye una breve sección de análisis costo-beneficio donde se presenta únicamente una lista de 7 beneficios de todo el RIN, uno de ellos se relaciona a los horarios de funcionamiento: “g) [el RIN] Definirá nuevos niveles operacionales para las actividades comerciales y establecerá estándares de calidad exigibles a las actividades comerciales promovidas.”

Finalmente, el 28 de marzo de 2018, con los informes favorables de cinco gerencias⁷ y cinco subgerencias⁸, el Dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Jurídicos, Laborales e Informática⁹ y el Dictamen favorable de la Comisión de Desarrollo Urbano, Sostenibilidad, Obras y Servicios Municipales¹⁰, el proyecto de ordenanza fue aprobada en sesión ordinaria de Consejo Municipal. No se tiene evidencia de debate alguno. La Ordenanza 474-MSI fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de abril de 2018.

4.1.2 Procedimiento de barreras burocráticas

La Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la SEL), mediante la Resolución 304-2018/SEL-INDECOPI, del 13 de septiembre de 2018, declaró barrera burocrática carente de razonabilidad la restricción horaria de

7 El Memorando 671-2017-1400-GSCGRD/MSI de la Gerencia de Seguridad Ciudadana y Gestión de Riesgos de Desastres, el Pase 2398-2017 y Memorándum 24-2018-12.0.0-GACU/MSI de la Gerencia de Autorizaciones y Control Urbano, los Memorandos 193-2017 y 012-2018-1600-GS/MSI de la Gerencia de Sostenibilidad, el Acta 001-2018-MSI, el Informe 12-2018-1700-GPU/MSI de la Gerencia de Planeamiento Urbano y el Informe 0075-2018-0400-GAJ/MSI de la Gerencia de Asesoría Jurídica.

8 El Informe 873-2017-14.4.0-SF-GSCGRD/MSI de la Subgerencia de Fiscalización, el Informe 015-2018-14.2.0-ST-GSCGRD/MSI de la Subgerencia de Tránsito, el Informe 1815-2017-12.1.0-SLA-GACU/MSI de la Subgerencia de Licencias y Autorizaciones, el Informe 026-2018-12.3.0-SDE-GACU/MSI de la Subgerencia de Desarrollo Económico el Informe 67-2018-12.1.0-SOPRI-GACU/MSI de la Subgerencia de Obras Privadas.

9 Dictamen 009-2018-CAJLI/MSI

10 Dictamen 004-2018-CDDUSOSM/MSI

funcionamiento, materializada en los numerales 17.1, 17.2 y 17.4 del artículo 17 de la Ordenanza 474-MSI.

La empresa denunciante sostuvo que la medida era carente de razonabilidad por ser arbitraria y desproporcional. Argumentó que la Municipalidad no habría identificado el interés público a proteger, ni el problema que pretendía solucionar con la restricción para el distrito en su conjunto, no habría realizado un análisis costo beneficio respecto de la medida cuestionada y porque consideraba que la norma generaba más costos que beneficios. Por su parte la Municipalidad señaló que la restricción buscaba tutelar la tranquilidad y salud de los vecinos del distrito y esta era idónea pues era notorio y conocido que las zonas comerciales del distrito presentaban contaminación sonora debido a los ruidos generados desde, y en ocasión de, los establecimientos comerciales que funcionaban en horas de madrugada.

La SEL consideró que, si bien la Municipalidad de San Isidro es competente para regular el funcionamiento de los locales comerciales de su jurisdicción, superando así el análisis de legalidad, dicha entidad no pudo acreditar los elementos del análisis de razonabilidad (no arbitrariedad y proporcionalidad) en tanto no acreditó que existía un problema que afecte la tranquilidad, la salud de los vecinos o el medio ambiente en todo el distrito de San Isidro. Dicha municipalidad tampoco acreditó en el procedimiento haber realizado una evaluación de los impactos positivos y negativos que la medida denunciada generaría en todos los actores involucrados (agentes económicos y ciudadanos) antes de aprobar la Ordenanza 474-MSI; finalmente tampoco pudo acreditar que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas que la medida restrictiva analizada.

4.2 Determinación de horarios de funcionamiento: Ordenanza 497/MM de la Municipalidad Distrital de Miraflores

4.2.1 Procedimiento municipal

La Ordenanza 497/MM denominada “Ordenanza que reglamenta las licencias de funcionamiento, autorizaciones derivadas, autorizaciones conexas y autorizaciones temporales en el Distrito de Miraflores” (en adelante, la Ordenanza 497/MM) de la Municipalidad Distrital de Miraflores (en adelante, Municipalidad de Miraflores) regula

todo lo referente a las licencias de funcionamiento y autorizaciones en el distrito, en particular nos vamos a referir a la regulación sobre horarios de funcionamiento de los locales comerciales del distrito, establecida en el artículo 52¹¹.

De acuerdo con el expediente de la Ordenanza 497/MM, y los considerandos de la norma, para la formulación de esta ordenanza, y por consiguiente para el diseño de la regulación sobre horarios de funcionamiento, se tomó en cuenta cinco informes favorables emitidos por cinco subgerencias de la Municipalidad y el Dictamen favorable de la Comisión de Regidores de Asuntos Jurídicos.

¹¹ **Ordenanza 497-MM**

Artículo 52.- Horarios de funcionamiento

Se deberán considerar los siguientes horarios que regirán el funcionamiento tanto de establecimientos con licencia de funcionamiento en actividad como para los establecimientos nuevos:

a) Horario Ordinario, de lunes a domingo, de 08:00 a 23:00 horas. Incluye a todos los locales comerciales y oficinas de cualquier giro permitido. Excepcionalmente, aquellos establecimientos que desarrollen los giros comerciales de bazar, bodega, florería, panadería y pastelería, gimnasio u otros cuya naturaleza justifique el inicio de sus actividades diarias desde tempranas horas, podrán ejercer las mismas en un horario comprendido desde las 06:00 horas hasta las 23:00 horas. Los conductores de los establecimientos que se acojan al mencionado horario deberán comprometerse a no generar ruidos y molestias al vecindario, bajo apercibimiento de revocatoria del horario concedido y reversión al horario ordinario.

b) Horario Extraordinario, de lunes a domingo, las 24 horas. Aplica únicamente para los siguientes giros:

- Establecimientos de hospedaje.
- Establecimientos de salud con servicio de emergencia.
- Farmacias y boticas.
- Establecimientos de juegos de azar.
- Estaciones de servicio, incluidos minimarkets con venta de licor sólo dentro del horario ordinario.
- Cajeros automáticos, siempre que no se traten de cesionarios dentro de un local que no aplique a este tipo de horario.

- Agencias de información y noticias.
- Playas de estacionamiento.
- Supermercados sin venta de licor.
- Cabinas de Internet ubicadas en zonificación de Comercio Metropolitano (CM).
- Establecimientos comerciales de expendio de comida rápida (autoservicios) ubicados en zonificación de Comercio Metropolitano (CM). En dichos establecimientos queda expresamente prohibido el expendio de bebidas alcohólicas fuera de horario ordinario.
- Minimarkets ubicados en zonificación comercial, con venta de licor solo dentro del horario ordinario.
- Otros giros, a criterio de la Subgerencia de Comercialización.

c) Horario Especial, el cual se otorga en adición al horario ordinario y que regirá de domingo a jueves, desde las 20:00 horas hasta las 01:00 horas del día siguiente, y los días viernes, sábado y vísperas de feriados, desde las 20:00 horas hasta las 03:00 horas del día siguiente. Será aplicable únicamente al desarrollo de los siguientes giros:

* Restaurantes con venta de licor

* Cines, teatros y salas de convenciones.

El desarrollo de los giros de discotecas, pubs, karaokes, salas de recepción y baile, no comprende el horario ordinario, debiendo darse inicio de sus actividades a partir de las 20:00 horas y dentro de los límites antes indicados. De domingo a jueves hasta las 01:00 horas del día siguiente y los días viernes, sábado y vísperas de feriados hasta las 03:00 horas del día siguiente.

d) Horario Limitado, de lunes a viernes de 08:00 a 18:00 horas y sábados de 08:00 a 15:00 horas. Rige para establecimientos que puedan generar ruidos molestos, tales como las actividades relacionadas al mantenimiento y reparación de vehículos automotores y reparación de efectos personales y enseres domésticos, previo informe de la Subgerencia de Desarrollo Ambiental. La relación de excepciones no es limitativa y se extiende a todo local de características similares o a criterio de la Subgerencia de Comercialización.

Los horarios indicados en los ítems precedentes se refieren a horarios de atención al público. En caso de solicitarse una ampliación de horario, esta será evaluada de acuerdo al cumplimiento de las normas por parte del conductor del local, durante el desarrollo de las actividades comerciales autorizada.

El Informe 082-2018-SGC-GAC/MM de la Subgerencia de Comercialización, emitido el 12 de marzo, propone derogar la Ordenanza 389/MM, modificada por las Ordenanzas 406/MM y 414/MM, con el objetivo de unificar en una sola ordenanza la regulación referida a las licencias de funcionamiento y autorizaciones, adecuando además la normativa local a los cambios normativos en el marco nacional respecto del mismo tema y sobre simplificación administrativa.

El Informe hace un recuento de las diferentes normas locales y nacionales que se deben tener en cuenta para luego proponer cambios puntuales a la normativa local vigente en ese momento. Dos aspectos son particularmente relevantes para el propósito de este artículo: por un lado, en dos líneas se propone incorporar el giro de “minimarkets” al horario extraordinario de funcionamiento sin mayor explicación, y por otro, se toma en cuenta dos pronunciamientos de la Sala de Defensa de la Competencia¹² y una recomendación¹³ de la Defensoría del Pueblo para recomendar la derogatoria de un artículo declarado barrera burocrática ilegal. Cabe señalar que, en los considerandos de la propuesta de ordenanza no existe referencia alguna a la regulación de horarios de funcionamiento.

La Subgerencia de Fiscalización y Control emite su opinión favorable mediante el Informe 175-2018-SGFC-GAC/MM del 12 de marzo de 2018. En una página se indica que dicha subgerencia ha revisado el proyecto “encontrándolo conforme” en cuanto a, entre otros, los horarios de funcionamiento. El Informe 061-2018-SDECI-GAC/MM, de la Subgerencia de Defensa Civil, y el Memorándum 48-2018-GAC/MM, de la Gerencia de Autorización y Control, fueron emitidos el 12 de marzo de 2018 y ambos, respecto de su ámbito de competencia, resumen en una página que “encuentran [el proyecto] conforme a la normativa nacional [pertinente]”.

El Informe Legal 058-2018-GAJ/MM de la Gerencia de Asesoría Jurídica, emitido el 13 de marzo de 2018, concluye que el proyecto de ordenanza “se encuentra acorde con la

¹² Las Resoluciones 1585-2013/SDC-INDECOPI, del 26 de septiembre de 2013, y 1997-2013/SDC-INDECOPI del 25 de noviembre de 2013. En ese momento la Sala de Defensa de la Competencia era el órgano competente para pronunciarse sobre barreras burocráticas.

¹³ Oficio 23-2016-AC/DP emitido por la Oficina Adjunta en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

normatividad vigente sobre la materia”. Respecto de los horarios de funcionamiento, el considerando 18 acoge sin mayor análisis o motivación la valoración hecha por la Subgerencia de Fiscalización y Control que “encontró conforme” el proyecto respecto de dichos horarios. Adicionalmente, en el considerando 24 se señala que la gerencia de asesoría jurídica “advierte que las unidades orgánicas competentes en la materia a regularse han emitido el pronunciamiento técnico sustentatorio correspondiente”.

El 14 de marzo de 2018 la Comisión de Regidores de Asuntos Jurídicos emite su Dictamen y recomienda aprobar la propuesta de ordenanza por unanimidad. En el breve documento se hace un resumen de los cambios normativos sobre las licencias de funcionamiento y sobre la simplificación administrativa, y se resalta la necesidad de adecuar la normativa local. No se menciona la regulación de horarios de funcionamiento.

Finalmente, se puso a consideración del Consejo Municipal de Miraflores el proyecto de Ordenanza el 22 de marzo de 2018 en una sesión extraordinaria. No hubo debate y se aprobó por unanimidad la Ordenanza 497-MM tal y como fue propuesta.

4.2.2 Procedimientos de barreras burocráticas

La SEL ha emitido ocho pronunciamientos¹⁴ declarando barrera burocrática carente de razonabilidad el literal c) del artículo 55 respecto de los giros “restaurante con venta de licor” (siete pronunciamientos) y “pub” (un pronunciamiento).

La Municipalidad sostuvo que la restricción de horarios de funcionamiento buscaba tutelar el derecho de los vecinos al descanso y la tranquilidad y que los locales comerciales con el giro de pub y restaurante con venta de licor generan ruidos molestos con su funcionamiento normal por lo que una forma adecuada de armonizar los diferentes intereses en conflicto era a través de la imposición de un horario.

¹⁴ Las Resoluciones 0177-2018/SEL-INDECOPI (del 11 de junio de 2018), 0302-2018/SEL-INDECOPI (del 13 de septiembre de 2018), 322-2018/SEL-INDECOPI (del 27 de septiembre de 2018), 0335-2018/SEL-INDECOPI (del 15 de octubre de 2018), 0339-2018/SEL-INDECOPI (del 18 de octubre de 2018), 0348-2019/SEL-INDECOPI (del 19 de septiembre de 2019), 0349-2019/SEL-INDECOPI (del 19 de septiembre de 2019), y 350-2019/SEL-INDECOPI (del 19 de septiembre de 2019).

En todos los casos la SEL consideró que, si bien la restricción había sido establecida en virtud de las competencias exclusivas de la Municipalidad de Miraflores, por lo que superaba el análisis de legalidad, dicha entidad no había acreditado los elementos del análisis razonabilidad: la no arbitrariedad y la proporcionalidad. La SEL consideró que la Municipalidad no acreditó la existencia de un problema que afecte la tranquilidad o la salud de los vecinos en todo el distrito causado directa o indirectamente por los establecimientos que funcionan como pubs o restaurante con venta de licor, más allá del horario especial; tampoco pudo acreditar que había identificado y comparado los impactos positivos y negativos de la medida cuestionada en todos los actores involucrados (agentes económicos y ciudadanos) en el mercado afectado de forma que pudiera asegurar que los beneficios serían mayores que los costos; ni que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas que la restricción denunciada.

4.3 Determinación de horarios de circulación: Ordenanza 038-2017-MPC de la Municipalidad Provincial de Cusco

4.3.1 Procedimiento municipal

La Ordenanza Municipal 038-2017-MPC, Ordenanza que regula la circulación de vehículos de alto tonelaje en función al polígono del borde urbano aprobado por el Plan de Desarrollo Urbano de la Provincia de Cusco 2013-2023, (en adelante, la Ordenanza 038-2017-MPC) restringe el horario y el espacio en el que los vehículos con peso mayor o igual a 8.5 toneladas pueden circular en la ciudad de Cusco. Anteriormente esta misma materia fue regulada por la Ordenanza 002-MC del 4 de marzo de 1999 (modificada por las Ordenanzas 051-MC del 23 de abril de 2022 y 016-2007-MPC del 31 de mayo de 2007).

El Informe técnico 32-2017-ATET-EGC-SGCT-GTVT/MPC-2017, del 8 de mayo de 2017, emitido por el Asistente Técnico Especialista en transporte, dirigido al Subgerente de Circulación de Tránsito, da cuenta de dos problemas ocasionados por los vehículos de alto tonelaje en la Ciudad de Cusco: la contaminación ambiental y la congestión vehicular.

Sobre el primer punto se hace referencia a que en el Plan “A limpiar el Aire” formulado en 2005 por el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) y la Dirección General de la

Salud Ambiental (DIGESA) se identificó al parque automotor como el principal responsable de la contaminación atmosférica en la ciudad de Cusco, y se proyectó que el número de vehículos, y por lo tanto las emisiones contaminantes de CO₂, iba a incrementarse considerablemente hacia el 2018. Sobre el segundo punto se identifican problemas de congestión generados por los vehículos de alto tonelaje en dos puntos de la ciudad, se atribuye el problema a la longitud y maniobras que deben realizar dichos vehículos, así como a que estos se estacionan (presumiblemente en espacios no adecuados para este propósito).

En segundo lugar, el Informe da cuenta de un estudio técnico elaborado en base a datos recabados en junio de 2016 en los principales accesos y salidas de la ciudad sobre tres factores de fluidez en el tráfico vehicular: flujo vehicular¹⁵ (en 24 horas), nivel de servicio¹⁶ (en la hora de máxima demanda) y volumen sobre capacidad¹⁷ (entre las 6:00 y las 21:00 horas). Se concluye que sin los vehículos de tipo N2, N3 y O, con un peso mayor a 8.5 toneladas observados¹⁸, se obtendría una mejora en todos los factores de acuerdo al periodo de tiempo analizado (la mejora es variable¹⁹: en algunos casos mínima y en otros apreciable).

¹⁵ Número de vehículos que utiliza la vía, para una medida comparable se determina a cuántos vehículos livianos equivale cada vehículo de alto tonelaje.

¹⁶ El Nivel de Servicio “es una medida cualitativa que describe las condiciones de operación de un flujo de tránsito y su percepción por los conductores y/o pasajeros, relacionadas con la velocidad, el tiempo de viaje, la libertad de maniobra, las interrupciones y el confort. Conjuga la oferta y la demanda. Se clasifica en seis niveles de servicio: A (tránsito más fluido), B, C, D, E y F (absoluta congestión de la vía.)” Se mide con el porcentaje de velocidad flujo libre.
[http://transito.vialidad.gov.ar:8080/web_ns/metodologia.jsp#:~:text=El%20Nivel%20de%20Servicio%20\(NS\),las%20interrupciones%20y%20el%20confort.](http://transito.vialidad.gov.ar:8080/web_ns/metodologia.jsp#:~:text=El%20Nivel%20de%20Servicio%20(NS),las%20interrupciones%20y%20el%20confort.)

¹⁷ La relación volumen sobre capacidad (v/c) también es conocida como grado de saturación y sirve para determinar la calidad de la vía de acuerdo con el estudio. Mide la relación entre la capacidad de una vía y el volumen de vehículos que efectivamente utiliza la vía.

¹⁸ Los vehículos considerados en el estudio fueron: camiones tipo C2 (dos ejes, longitud de 12.3 metros, peso bruto máximo de 18 toneladas), C3 (tres ejes, longitud de 13.2 metros, peso bruto máximo de 25 toneladas) y C4 (cuatro ejes, longitud de 13.2 metros, peso bruto máximo de 32 toneladas), semitrailers (longitud 20.5 metros, peso bruto entre 29 y 48 toneladas) y trailers (longitud 23 metros, peso bruto de 29 a 48 toneladas).

¹⁹ Respecto del flujo vehicular se concluye que los vehículos pesados contabilizados el jueves 2, viernes 3 y sábado 4 de junio de 2016 equivalen a 9712, 9823 y 10068 vehículos livianos respectivamente. Respecto del Nivel de Servicio se aprecia una mejora variable: en el ingreso y salida por el distrito de Saylla se mejoraría en 2.5% (el NS pasaría de C a B), y en el ingreso y la salida por el distrito de Poroy la mejora sería de 1.6% (manteniendo el NS en D). Respecto del Grado se aprecia una mejora variable (entre 2.69% y 18.24%) dependiendo de la carretera: en el ingreso y salida por el distrito de Poroy: 9.17%, por el distrito de Saylla: 18.24%, por el distrito de Pisac: 2.69%, por el distrito de Paruro: 12.78%, y por el distrito de Paruro (Agua Buena): 13.94%.

El Informe 699-SGCT-GTVT-MPC-2017, del 21 de julio de 2017, emitido por el Subgerente de Circulación de Tránsito concluye que es necesario regular la circulación de vehículos de alto tonelaje y que la Subgerencia de Ordenamiento Territorial debe determinar el “perímetro” (el espacio) en el que se restringirá la circulación de dichos vehículos. Este breve informe señala como antecedente la ordenanza anterior 016-2007-MPC, que prohibió la circulación de vehículos con peso bruto superior a las 8.5 toneladas en gran parte de la ciudad de Cusco. Sin embargo, no existe referencia a los resultados de la anterior norma, tampoco respecto al perímetro anterior de forma que se sustente la necesidad de plantear otro.

Además, se listan, sin incluir evidencia de ningún tipo, tres problemas²⁰ que ocasionaría la circulación de vehículos pesados, los intereses²¹ públicos que se protegerían con la regulación y tres objetivos²² de la misma.

El 6 de noviembre de 2017 el Director General de Asesoría Jurídica emite opinión legal favorable sobre el proyecto de ordenanza en el Informe 863-OGAJ/MPC-2017. Este Informe hace referencia a diversos informes anteriores, algunos de los cuales no se encuentran en el expediente de la ordenanza 038-2017-MPC, y en particular se incluye el Informe 003-2017-ET/PMSOT-SGOTP/GDUR, del 1 de agosto de 2017, emitido por el Coordinador de Componente Físico Construido sobre el perímetro en el que se va a aplicar la restricción. Este informe es constantemente referido como el informe en el que se va a delimitar la zona de la restricción, sin embargo, de acuerdo con lo que recoge la opinión legal, se limita a confirmar que la municipalidad provincial es competente para determinar la jerarquía de la red vial de su jurisdicción.

La Comisión Ordinaria de Tránsito y Vialidad, y la Comisión Ordinaria de Asuntos Legales, emiten el Dictamen Conjunto 79-2017-CTV-CAL/MPC (s/f) por el que,

²⁰ Congestión vehicular atribuida al incremento del parque automotor, a la circulación de vehículos pesados debido a sus dimensiones y características, a las actividades de carga y descarga, y a que se estacionan en la vía pública; el deterioro de la infraestructura vial y daño a la estructura de viviendas aledañas debido al peso de los vehículos de 8.5 toneladas o más; y peligro para los peatones atribuido al simple hecho de que los vehículos pesados circulan durante todo el día todos los días.

²¹ Calidad de vida de los ciudadanos, condición de Patrimonio cultural de la ciudad.

²² Reducir la contaminación ambiental, la congestión vehicular y los accidentes de tránsito generados por vehículos de carga.

considerando los informes previamente emitidos sin comentarios o análisis al respecto, recomiendan al Concejo Municipal aprobar el proyecto de ordenanza. En los considerandos solo se hace una breve mención expresa a uno de los problemas que se busca atender con la regulación: la contaminación atmosférica.

En la Exposición de motivos de la propuesta se sostiene que la aprobación del proyecto de ordenanza es de “vital importancia”. En dicho documento se identifica cuatro problemas que la regulación busca atender: Congestión vehicular²³, deterioro de la infraestructura vial y daño a la estructura de viviendas aledañas²⁴, y peligro para los peatones²⁵. No se hace referencia a evidencia que sustente la existencia de estos problemas, solo se alude al estudio que sustenta el problema de congestión vehicular en la ciudad.

En dicho documento también se identifican cinco objetivos²⁶ de la restricción y se refiere la necesidad de que la restricción sea en una zona determinada y en el horario de 06:00 a 21:00 horas sin mayor explicación, solo se señala que la circulación de vehículos de alto tonelaje en ese horario genera malestar a la población en general. Se identifica además los vehículos que se exceptúan de la prohibición en razón a su “cotidiana e importante labor”. Este documento también afirma que la restricción implicaría una mejora en todos los problemas identificados, aunque solo especifica la mejora identificada en el estudio técnico respecto de la congestión vehicular.

En la sección referida al análisis costo beneficio se señala que el proyecto “no irroga gasto, pues es aplicable a las relaciones de derecho público y privado, teniendo como objetivo que exista una norma declarativa que determine el marco legal adecuado para regular la circulación de vehículos de alto tonelaje (...)”.

²³ Problema atribuido al incremento del parque automotor en general y a la circulación de vehículos pesados en particular debido a sus dimensiones y características, a las actividades de carga y descarga que implican y a que se estacionan en la vía pública.

²⁴ No se especifica el daño pero se atribuye este al peso de los vehículos, es decir 8.5 toneladas o más.

²⁵ Únicamente atribuido al hecho de que los vehículos de alto tonelaje circulan durante todo el día todos los días. No se detalla qué tipo de accidentes ni la frecuencia.

²⁶ Objetivos: otorgar mayor fluidez del tránsito vehicular, proteger la seguridad e integridad de peatones, reducir la cantidad de accidentes de tránsito generados por vehículos de alto tonelaje, coadyuvar al ordenamiento de la ciudad, proteger el medioambiente y resguardar la infraestructura vial.

Finalmente, la propuesta fue considerada en sesión extraordinaria de Concejo Municipal del 18 de diciembre de 2017. Considerando los Informes favorables²⁷ de las subgerencias de Circulación de Tránsito y de Ordenamiento Territorial, el de la Oficina General de Asesoría Jurídica y el Dictamen favorable de dos Comisiones de regidores, el proyecto de Ordenanza fue aprobado por unanimidad.

El objeto de esta norma es regular el horario de circulación de vehículos de alto tonelaje, en consecuencia, el artículo tercero²⁸ prohíbe el ingreso de vehículos con un peso bruto de 8.5 toneladas o más de las categorías M3, N2, N3 y remolques categoría O3 y O4, al “polígono del borde urbano aprobado por el Plan de Desarrollo Urbano de la Provincia de Cusco 2013-2023”²⁹ entre las 06:00 horas y las 21:00 horas. Algunos vehículos, “por razón de su cotidiana e importante labor”, se exceptúan³⁰ de la regla general. Además, el artículo quinto establece que los vehículos bajo la prohibición pueden solicitar una autorización especial para transitar en el horario y espacios restringidos de forma excepcional por interés y necesidad públicas.

En los considerandos de la Ordenanza 038-2017-MPC se identifican cinco problemas que generaría el tránsito de vehículos de alto tonelaje en la zona urbana de la Provincia de Cusco (peligro para la seguridad e integridad de los peatones, accidentes, congestión vehicular, deterioro de la infraestructura vial y contaminación ambiental), cuatro intereses públicos a tutelar con la regulación (seguridad e integridad de las personas,

²⁷ El Informe 699-SGCT-GTVT-MPC-2017 de la Subgerencia de Circulación de Tránsito, el Informe 003-ET/PMSOT-SGOTP/GDUR de la Subgerencia de Ordenamiento Territorial, el Informe 863-OGAJ/MPC-2017 de la Oficina General de Asesoría Jurídica y Dictamen Conjunto 79-2017-CAL-CTV/MPC de la Comisión Ordinaria de Tránsito y Vialidad y la Comisión Ordinaria de Asuntos Legales.

²⁸ **ORDENANZA MUNICIPAL 038-2017-MPC**
ARTICULO TERCERO. - PROHIBIR, el ingreso del tránsito de vehículos de alto tonelaje por la provincia del Cusco, en el siguiente horario:
• A partir de las 06:00 horas hasta las 21:00 horas.
Para todos los vehículos que pertenecen a las Categorías M3, N2, N3, O3, O4 y Combinaciones especiales que superen las 8.5 toneladas, en función al polígono del borde urbano aprobado por el Plan de Desarrollo Urbano de la Provincia de Cusco 2013 - 2023 aprobado con Ordenanza Municipal N° 032-2013 MPC. Se adjunta Plano de Jerarquización Vial y Nodos de Articulación PP-11, el cual muestra el perímetro del polígono del borde urbano de la ciudad del Cusco.

²⁹ De acuerdo con la definición del Plan de Desarrollo Urbano Cusco al 2023 el “borde urbano” esencialmente es el área urbana: Artículo 35.1 ÁREA URBANA (AU).- Área ubicada dentro de la delimitación denominada borde urbano. Está constituida por áreas ocupadas con actividades urbanas, con servicios de agua, alcantarillado, electrificación, vías de comunicación y transporte. Es decir, la restricción es para la ciudad de Cusco en su conjunto y las demás zonas urbanas de la provincia de Cusco.

³⁰ El artículo cuarto dispone que se exceptúan los buses urbanos, interurbanos, interdepartamentales, interprovinciales e interregionales, ambulancias, vehículos bomberos, vehículos seguros especiales, servicios funerarios y vehículos blindados para el transporte de valores.

medioambiente limpio y saludable, fluidez del tráfico vehicular, preservación de la infraestructura vial) y cinco objetivos de la regulación (otorgar mayor fluidez al tráfico vehicular, mejorar la protección de la seguridad y la integridad de peatones, contribuir al ordenamiento de la ciudad, reducir la contaminación ambiental y resguardar de la infraestructura vial). De los problemas identificados solo se desarrolla el problema de congestión vehicular citando los hallazgos y conclusiones del estudio técnico.

4.3.2 Procedimiento de barreras burocráticas

Las restricciones impuestas por la Ordenanza 038-2017-MPC fueron analizadas por la Comisión de la Oficina Regional del INDECOPI de Cusco (en adelante, la Comisión de Cusco) en la Resolución 604-2018/INDECOPI-CUS, del 10 de septiembre de 2018, a raíz de la denuncia por barreras burocráticas presentada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Jhonston S.A.A. (en adelante, Backus).

Backus denunció la restricción de horario y la exigencia de obtener una autorización especial para transitar en el área y horario restringidos materializadas en los artículos tercero y quinto, respectivamente, de la Ordenanza 038-2017-MPC, argumentando que se trataban de barreras burocráticas ilegales (en tanto implicaban una revocación indirecta de su licencia de funcionamiento y contravenían sus derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa) y/o carentes de razonabilidad (pues la Municipalidad no habría realizado un análisis de idoneidad, necesidad o proporcionalidad antes de emitir la Ordenanza 038-2017-MPC).

Por su parte la Municipalidad afirmó la legalidad de la norma y señaló, respecto de la razonabilidad de la ordenanza, que la restricción buscaba promover la conservación del medio ambiente, mayor fluidez en la transitabilidad vehicular, un mejor ordenamiento de la ciudad, el resguardo de la infraestructura vial y garantizar la seguridad e integridad física de las personas. Asimismo, indicó que antes de emitir la Ordenanza se había considerado la opinión de cinco gerencias y subgerencias de la Municipalidad y estudios previos realizados por la Municipalidad, el CONAM y la DIGESA.

La Comisión de Cusco consideró que las restricciones denunciadas superaban el análisis de legalidad pero que constituían barreras burocráticas carentes de razonabilidad por ser

arbitrarias y desproporcionadas de acuerdo con los parámetros establecido en el Decreto Legislativo 1256.

La primera instancia consideró que la Municipalidad había acreditado el interés público que buscaba proteger con la regulación, sin embargo, sostuvo que dicha entidad no había podido acreditar la existencia de una problemática que hiciera necesaria la medida y que las medidas denunciadas sean idóneas para solucionar el problema detectado y proteger el interés público alegado. Asimismo, la Comisión de Cusco consideró que la Municipalidad no había acreditado que antes de emitir la regulación se realizó una evaluación de los costos y beneficios que acarrearía, o que se analizó la proporcionalidad de la medida o los efectos que esta tendría en los agentes económicos.

Cabe señalar que la decisión de la Comisión de Cusco fue anulada por la SEL en la Resolución 0556-2019/SEL-INDECOPI del 9 de diciembre de 2019 debido a que la primera instancia no advirtió que la Ordenanza 038-2017-MPC no había sido publicada en el diario encargado de avisos judiciales del distrito judicial de Cusco para el 2018 (sino en el que correspondía al 2017) por lo que no podía surtir efectos en el ordenamiento jurídico. La SEL no analizó la razonabilidad de la norma.

Sobre el mismo tema es importante considerar la Resolución 0740-2014/SDC-INDECOPI, del 3 de octubre de 2014, en la que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia³¹ declaró barrera burocrática carente de razonabilidad una medida parecida: la restricción de circulación de unidades vehiculares cuyo peso bruto sea mayor a 8 500kg, en determinada área³² de la zona de amortiguamiento del Centro Histórico de Cusco, contenida en el artículo 2 de la Ordenanza 029-2013-MPC en ocasión a una denuncia presentada también por Backus.

En ese caso, la Sala consideró que, si bien la Municipalidad Provincial de Cusco había alegado la protección y resguardo de los intereses de los vecinos de la provincia de Cusco, la preservación del orden, la seguridad y la conservación de la ciudad, dicha entidad no

³¹ En ese momento competente para analizar las denuncias referidas a barreras burocráticas.

³² Las zonas que comprende la avenida Collasuyo desde la intersección con la avenida Argentina hasta la intersección con la calle Retiro (desde la Urbanización Urubambilla hasta la intersección con la avenida La Cultura).

acreditó contar con estudios y/o informes previos a la imposición de la medida, que den cuenta de la existencia de una problemática en el área concernida que hubieran servido de sustento para la imposición de la prohibición. Asimismo, la Sala consideró que la Municipalidad no acreditó que los presuntos problemas hubieran sido ocasionados por vehículos con un peso bruto mayor a 8,500 kg y tampoco presentó estudios previos a la emisión de la Ordenanza 029-2013-MPC que sustenten que la barrera cuestionada era la medida más idónea para hacer frente a los presuntos problemas, ni haber realizado un análisis costo-beneficio de la misma o haber acreditado que era la medida menos gravosa.

5. ¿Cómo mejorar la calidad regulatoria en gobiernos locales?

5.1 Conclusiones respecto de los casos

Los tres casos reseñados nos permiten identificar las deficiencias en el ejercicio de la facultad regulatoria de estos gobiernos locales. Como conclusión general podemos señalar que en todos los casos es claro que las Municipalidades no realizaron un adecuado análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de los horarios que impusieron a los agentes económicos.

Estos casos tienen muchos puntos en común en cuanto a deficiencias en el proceso regulatorio, y en primer lugar se debe advertir una limitante al análisis: ninguno de los expedientes de proyecto de ordenanza se encuentra completo pues no contienen todos los documentos a los que se hace referencia ni los documentos que den cuenta del origen del proyecto.

En segundo lugar, se observa que en todos los casos existían antecedentes: regulaciones anteriores sobre la misma materia y pronunciamientos de los órganos de eliminación de barreras burocráticas sobre las mismas que advertían de una omisión en diversos aspectos relevantes. Sin embargo, en ningún caso se tomó en cuenta la necesidad de evaluar las regulaciones anteriores ni se incorporó al análisis lo señalado por los órganos competentes del Indecopi. En este sentido no se aprecia un reconocimiento de que la regulación es un instrumento que se orienta a un objetivo, y que debe ser evaluada respecto de este.

Contar con medidas anteriores y el punto de vista de una entidad especializada presentaba la posibilidad de evaluar la regulación anterior e incorporar al análisis lo señalado por el

Indecopi. Incluso si decidían no optar por este paso recomendable, las municipalidades aún tenían el deber de asegurarse que la regulación a imponer era razonable y proporcional. En ningún caso se advirtió que las normas previas no habían sido establecidas bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, era necesario reevaluar las mismas. Por el contrario, se omitió por completo los pronunciamientos del Indecopi, quizás debido a una falta de coordinación entre las distintas áreas de la municipalidad, y se optó por replicar sin mayor motivación las disposiciones anteriores con pocos o ningún cambio. Solo en el caso de Miraflores se consideró realizar un cambio como consecuencia de dos resoluciones del Indecopi, al respecto llama más la atención que se haya optado por no considerar más de ocho otros pronunciamientos sobre barreras burocráticas.

En tercer lugar, es importante considerar que en los casos de San Isidro y Miraflores el objetivo de la norma iba más allá de regular los horarios de funcionamiento de los locales comerciales, sin embargo, el hecho de abordar mayor cantidad de materias no debe significar que no se presta a cada una la atención debida y se asegura que al respecto la entidad pública está ejerciendo sus competencias de forma adecuada. En el caso de Cusco, la ordenanza se refería a un solo tema y, sin embargo, este único tema no fue adecuadamente sustentado.

En cuarto lugar, se observa que en ningún caso se identificó y documentó todos los problemas que se pretendían abordar con la regulación. En los casos de San Isidro y Miraflores no se identificó ningún problema en absoluto, si bien en los procedimientos ante el Indecopi ambas municipalidades argumentaron que se trataba de problemas notorios y conocidos.

En este punto se debe enfatizar que en el procedimiento de barreras burocráticas es posible probar que un problema es notorio para superar uno de los filtros de razonabilidad, sin embargo, desde el punto de vista de la calidad regulatoria, es absolutamente crucial que el problema que se pretende resolver o mejorar con la regulación sea claramente identificado y documentado para verificar que efectivamente existe, identificar sus características y causas, verificar su extensión, evaluar su evolución en el tiempo, de ser el caso, y poder plantear soluciones idóneas. En el caso de Cusco se aprecia que se listaron los problemas de forma poco clara y que solo se sustentó uno con un informe técnico.

Sobre este punto, también llama la atención que continuamente las municipalidades regulan de la misma manera un problema alegado (no probado) sin plantear en ningún momento la cuestión de por qué continúa siendo un problema si se encuentra vigente una regulación que debería coadyuvar a su solución o en todo caso sin verificar que la regulación cumple su función pero son otras las causas que impiden abordar adecuadamente un problema que tiene solución o gestionar un problema que es permanente (por ejemplo, la cuestión de armonizar los intereses de los locales comerciales y los de los vecinos).

En quinto lugar, no se encuentra en ningún caso un sustento a los detalles de la regulación: el por qué se eligió precisamente ese horario, giro, espacio, excepción, peso (según cada caso) y no otro, no se encuentra en el expediente de ninguna ordenanza. Tampoco se encuentra un sustento de la idoneidad de las medidas propuestas respecto de los problemas y objetivos.

En sexto lugar, es común en los tres casos observar que no se ha realizado un análisis costo beneficio. Bajo ese título las exposiciones de motivos señalan únicamente beneficios o se afirma la inexistencia de costos. Ciertamente se evidencia la falta de conocimiento sobre la naturaleza del análisis costo-beneficio y el desconocimiento de la realidad fáctica de que toda regulación genera siempre beneficios y costos a algún actor. Al no haber identificado costo alguno, no era posible que pudieran verificar que los beneficios superaban a los costos.

Tampoco se aprecia en ninguno de los casos mecanismo de participación alguno que permita que los agentes económicos que vayan a ser afectados por la regulación puedan realizar comentarios o sugerencias, plantear alternativas o comunicar posibles costos que no se hayan considerado.

Por otro lado, se observa que en ningún caso se plantearon soluciones alternativas, quizás existían otras formas más eficientes o menos costosas de abordar el problema, pero en el procedimiento solo se consideró una opción.

En general se aprecia que no se satisface el deber de motivación, los informes rara vez tienen un sustento, y de ser el caso este es parcial. En todos los casos, un informe se apoya en otros que a su vez se apoyan en otros que, en la mayor parte de los casos, en realidad no motivó ni sustentó su conclusión. Así, en apariencia una propuesta está respaldada por múltiples informes, pero en la realidad muy pocos órganos municipales realizaron un análisis motivado dentro de su ámbito de competencia.

También se puede identificar en dos de los casos que no existe plena coherencia entre lo que se plantea y lo que finalmente se decide. En el caso de San Isidro se plantea la necesidad de regular los niveles operacionales de acuerdo con la zonificación, sin embargo, la regulación de horarios de funcionamiento es uniforme para todo el distrito, sin considerar la zonificación o la realidad heterogénea en diversas zonas del distrito. En el caso de Cusco, la exposición de motivos de la ordenanza señala un problema adicional a los problemas listados en la norma, la norma señala por primera vez una excepción a la prohibición que no es mencionada ni siquiera en la exposición de motivos y se restringe la circulación de vehículos categoría M3 a pesar que el único estudio técnico no incluyó este tipo de vehículos en su análisis.

Finalmente, en todos los casos las comisiones de regidores que emitieron una opinión sobre el proyecto de ordenanza omitieron por completo cualquier análisis o comentario de la propuesta, tampoco hubo un debate en el Concejo municipal antes de la aprobación por unanimidad de las normas que posteriormente fueron declaradas barrera burocrática carente de razonabilidad. Las deficiencias en el expediente eran evidentes, y, sin embargo, ningún regidor o regidora las advirtió. Esto evidencia que tampoco los regidores y regidoras son conscientes de la importancia de la calidad regulatoria y de los mínimos parámetros que esta exige.

Podemos resumir los problemas identificados en diez aspectos: (1) Omisión de análisis y evaluación de la normativa anterior; (2) Falta de coordinación entre áreas o no tomar en cuenta anteriores pronunciamientos del Indecopi; (3) Falta de identificación (clara) de los problemas a atender y falta de sustento de la existencia, causas y características de (todos) los problemas alegados; (4) Falta de identificación clara de los objetivos de la regulación. Falta de identificación de una clara relación de idoneidad entre la regulación y los objetivos (5) Ausencia de mecanismos de participación; (6) Omisión del análisis de costo

beneficio; (7) Falta de evaluación de los impactos negativos y, en consecuencia, falta de contraste con los posibles efectos positivos de modo que sea posible afirmar que los beneficios superan a los costos; (8) Falta de otras alternativas; (9) Omisión de análisis por parte de las Comisiones de regidores. Falta de debate en el Concejo Municipal; y (10) Falta de conocimiento o convencimiento sobre calidad regulatoria, deber de debida motivación, principio de razonabilidad y principio de proporcionalidad.

5.2 Consideraciones generales

Las autoridades de los gobiernos locales están sujetas al principio de razonabilidad, en particular el numeral 1.4 del artículo IV del título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la decisiones administrativas “cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados” deben respetar el principio de legalidad actuando dentro de su competencia “manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.” es decir, deben guardar el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, actualmente dichos gobiernos locales no están sujetos a un ningún estándar específico como el AIR, a pesar de sus valiosos y evidentes beneficios, que permita garantizar que el principio de razonabilidad se cumple. La normativa vigente sólo prevé un análisis ex post de la regulación municipal: el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ya referido.

Si bien el procedimiento establecido en el Decreto Legislativo 1256 juega un importante rol contribuyendo a mejorar la calidad de la normativa a nivel local, como lo reconoce también la OCDE (2018:174), este cuenta también con importantes limitaciones: la evaluación sólo se da respecto de la regulación que califica como barrera burocrática (ámbito acotado solo a los agentes económicos y a algunos temas), el Estado interviene cuando la regulación ilegal o carente de razonabilidad ya surtió efectos negativos, y las barreras carentes de razonabilidad solo se inaplican en favor de quien denuncia.

Es evidente que no es suficiente abordar el problema de la baja calidad de la regulación en los gobiernos locales con este mecanismo. En este sentido ya se ha planteado la

necesidad de utilizar herramientas como el AIR para orientar mejor el ejercicio de las potestades discrecionales de regulación confiadas a las municipalidades. Asimismo, y considerando los problemas encontrados en los casos descritos, se hace evidente la importancia de incluir otras herramientas que coadyuven al objetivo de una mejora en la calidad regulatoria, y en consecuencia, una mejora en la efectividad y la eficiencia de la actividad estatal en el nivel local.

En particular, nos parece relevante considerar las recomendaciones de la OCDE al respecto. En el 2018, la OCDE realizó un análisis de la Política Regulatoria en el Perú y formuló recomendaciones, entre otras, específicamente referidas a los gobiernos locales. En estas recomendaciones (OCDE 2018:174-175) la OCDE enfatiza la importancia de la coordinación entre los gobiernos subnacionales y el gobierno nacional señalando que este debe establecer espacios formales para este propósito y fomentar activamente la adopción de instrumentos normativos como el análisis ex ante de proyectos normativos, así como la consulta y participación de los interesados, por ejemplo, a través de incentivos fiscales y transferencias monetarias o el establecimiento de tablas clasificatorias en base a una evaluación y valoración de la adopción de dichos instrumentos. Asimismo, sugiere mejorar las directrices y compendios de buenas prácticas y ponerlos a disposición de los gobiernos locales. Finalmente señala que una política regulatoria adecuada debería incluir cursos de capacitaciones a funcionarios locales para el fortalecimiento de capacidades.

Como se ha señalado en la primera parte de este artículo, los gobiernos locales en Perú presentan características muy diversas por lo que es necesario tener en cuenta la diferencias especialmente en recursos humanos y financieros, y de capacidad de gestión al abordar la cuestión de la mejora en la calidad regulatoria en el nivel local. Por lo tanto, consideramos que sería recomendable establecer estrategias diferenciadas dependiendo del tipo de municipalidad divididas en tres grupos. Un primer grupo sería el de las municipalidades tipo A, C y D (municipalidades de ciudades principales y las de Lima Metropolitana), un segundo grupo las del tipo B y E (municipalidades provinciales de ciudades no principales y municipalidades distritales de ciudades no principales con al menos 60% de la población urbana), y un tercer grupo estaría conformado por las de los tipos F y G (municipalidades con menos de 60% de población urbana).

Consideramos que un modelo básico de AIR (nuestra propuesta al respecto se detalla en la siguiente sección), puede y debe ser dispuesto de forma obligatoria para todas las municipalidades, considerando que todos los gobiernos locales están actualmente sujetos a los principios de legalidad y de razonabilidad, y a la evaluación bajo el estándar del Decreto Legislativo 1256. Para los grupos dos y uno sería adecuado subir el estándar de acuerdo con las capacidades de cada grupo, con un especial énfasis en mecanismos de participación. Progresivamente el estándar debe elevarse para todos los gobiernos locales, de acuerdo con su capacidad.

Sin embargo, para obtener mejores resultados es imprescindible adoptar también las otras estrategias que sugiere la OCDE de forma progresiva. En este sentido consideramos que debe ser la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros la que se encargue de coordinar el esfuerzo por una mejora regulatoria en todos los niveles de gobierno en nuestro país.

En primer lugar, consideramos que sería deseable elaborar en el más breve plazo una guía básica, que oriente la aplicación del AIR en un nivel mínimo dirigido a todos los gobiernos locales. La guía debería ser sencilla y didáctica considerando que es importante que todos los actores políticos (y no sólo técnicos) la comprendan, también debería incluir un listado de las diversas alternativas a considerar ante un problema, más allá de la regulación y la sanción, para una mejor comprensión del universo de posibilidades al abordar los diferentes problemas a nivel local.

La guía debe ser acompañada de espacios de sensibilización, capacitación y acompañamiento para que en el corto plazo sea formalmente obligatoria para todas las municipalidades y estas se encuentren en capacidad de aplicarla. En el mediano y largo plazo se debe apuntar a seguir elevando el nivel de calidad regulatoria e incluir cada vez más espacios participativos.

Asimismo, sería deseable que la Secretaría de Gestión Pública establezca el espacio formal de coordinación, orientación y guía a disposición de los gobiernos locales sugerido por la OCDE. En esta línea sería aconsejable poner a disposición de las municipalidades guías y compendios de buenas prácticas, un espacio donde se pueda consultar cómo otras municipalidades en situación similar abordaron problemas comunes y evaluaciones de

regulaciones respecto de los problemas más frecuentes de forma que sea posible considerar también experiencias no exitosas pero relevantes de otros gobiernos locales.

En este punto cabe resaltar que es necesario garantizar que todas las municipalidades cuenten con una conexión estable a internet de forma que toda la documentación pertinente esté a disposición de forma virtual y pueda ser efectivamente accedida por los gobiernos locales, inclusive en el idioma que mejor dominen las personas a las que se dirige esta información.

Una mejora regulatoria también implica que la más alta jerarquía de cada gobierno local esté convencido/a de algunos presupuestos básicos, que no se evidencian en los casos analizados en el presente artículo, y así lo transmita al conjunto de servidoras y servidores públicos de las municipalidades. En particular consideramos que es necesario que exista un reconocimiento de que los recursos del estado son limitados y deben ser utilizados de la forma más eficiente y efectiva posible y que las decisiones públicas deben ser tomadas después de considerar seriamente un asunto con el apoyo de evidencia, de la importancia de regular bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, del deber de motivar toda decisión administrativa y de la importancia del principio de transparencia. En este sentido, es necesario que las capacitaciones que facilite el gobierno nacional permitan también fortalecer el compromiso con estos aspectos.

5.3 Pautas

Como se ha señalado, consideramos que todas las municipalidades pueden y deben aplicar una forma básica de AIR. En particular proponemos que los problemas observados en los casos analizados podrían haber sido mitigados con un modelo básico, aumentando la calidad de la regulación, superando exitosamente el estándar establecido en el Decreto Legislativo 1256, en general ahorrando costos a los agentes económicos y aumentando la efectividad y legitimidad de la actuación estatal en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Considerando las tres etapas básicas que plantea Ochoa (identificar el problema que se pretende resolver o que se contribuye a resolver con la regulación, identificar las alternativas para lograr el objetivo trazado y analizar los pros y contras de cada una bajo

los enfoques más pertinentes) y el estándar establecido por el Decreto Legislativo 1256 proponemos la siguiente guía básica:

En **primer lugar**, toda autoridad local debe identificar de forma clara el problema que pretende resolver a través de una regulación. Es importante que no se trata de una mera percepción de la autoridad, debe recabar evidencia que sustente la existencia actual de un problema que requiere la intervención estatal. Asimismo, se debe determinar preliminarmente que es adecuado atender dicho problema a través de una regulación (considerar otros mecanismos). Determinar los objetivos de la regulación y los intereses públicos que se pretende tutelar. De ser posible, incluir mecanismos de participación que permitan determinar mejor el problema.

En **segundo lugar**, se debe verificar que el problema identificado y los intereses públicos a tutelar se encuentran bajo el ámbito de competencia de la autoridad administrativa. Continuar únicamente si se tiene la certeza de la competencia.

En **tercer lugar**, la autoridad administrativa debe considerar diversas alternativas de solución al problema, incluyendo necesariamente la posibilidad de no regular. Se debe verificar que las alternativas consideradas son idóneas para alcanzar el objetivo propuesto, es decir que se tienen una relación directa con problema identificado y los objetivos trazados, es decir verificar que en la realidad podrían solucionar el problema o contribuir a su solución.

Identificadas varias alternativas se debe determinar la mejor bajo las herramientas al alcance de la municipalidad concreta, pero por lo menos bajo un análisis costo-beneficio sencillo. En este punto se debe considerar seriamente todos los costos y beneficios de cada alternativa con la certeza de que todas las intervenciones implican un beneficio y un costo para algún actor. De ser posible, incluir en este paso algún mecanismo de participación que permita visibilizar mejor el universo de alternativas de solución y los beneficios y costos que estas implican, sobre todo para quienes se verán directamente afectados o beneficiados.

En **cuarto lugar**, se toma la decisión eligiendo la alternativa más adecuada y que implica más beneficios que costos. Contrastar esta elección con las normas nacionales y, de ser el

caso, provinciales al respecto con el objetivo de garantizar la armonía del ordenamiento jurídico. Asimismo, se debe verificar que la regulación propuesta no contraviene otros dispositivos legales o las normas y principios sobre simplificación administrativa.

Finalmente, se deben verificar los requisitos de formalidad para la aprobación y entrada en vigencia del instrumento normativo elegido, no olvidar que es necesario que las Ordenanzas Municipales sean publicadas en el diario de avisos judiciales del distrito judicial al que pertenezca su localidad.

En aras de salvaguardar los principios de debida motivación y transparencia todos los pasos deben ser documentados en un expediente, el mismo que debe encontrarse disponible para consulta de la ciudadanía ya sea en el portal web de la municipalidad o a pedido.

6. Conclusiones

1. Los gobiernos locales en el Perú son heterogéneos, cuentan con diversos recursos y posibilidades. Todos tienen la facultad de regular sobre diversas materias, sin embargo, no siempre ejercen adecuadamente esta facultad.
2. El análisis de tres casos identificados como barrera burocrática carente de razonabilidad por los órganos de eliminación de barreras del Indecopi revela múltiples debilidades incluso en municipalidades de altos ingresos y con amplios recursos humanos.
3. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) recomienda el uso del Análisis de Impacto Regulatorio como herramienta para incrementar la calidad en la regulación. Además, la OCDE ha recomendado para el caso peruano que el gobierno nacional brinde asesoría y capacitación a los gobiernos locales para una mejora regulatoria.
4. La aplicación del AIR, incluso en un modelo básico, a los procedimientos de regulación incrementaría la calidad de la regulación local y reduciría los costos asociados a la regulación de baja calidad y a los procedimientos de análisis ex post.

5. Se debe disponer la obligación de aplicar un AIR, por lo menos en un modelo básico, a todos los gobiernos locales. Esta obligación debe estar acompañada de orientación y capacitaciones al personal de los mismos.
6. La estrategia de mejora regulatoria a nivel local debe ser liderada por la Secretaría de Gestión Pública y debe ser adecuada a los diversos tipos de municipalidades de acuerdo con la más reciente clasificación.



7. Bibliografía

Dirección de Calidad del Gasto Público Dirección General de Presupuesto Público del
Ministerio de Economía y Finanzas

2018 “Marco Conceptual del Programa de Incentivos a la Mejora de la Gestión Municipal”

INDECOPI

2018 Índice de barreras burocráticas de acceso al mercado impuestas a nivel local
2018

2018 Ranking de barreras burocráticas: Entidades de la administración pública con
mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente entre enero
y diciembre de 2018

2018 “Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2018”.
Gerencia de Estudios Económicos

2018 Anuario de estadísticas institucionales

2019 Anuario de estadísticas institucionales

2019 Ranking de barreras burocráticas: Entidades de la administración pública con
mayor cantidad de barreras burocráticas eliminadas voluntariamente entre enero
y junio de 2019

2019 Ranking de barreras burocráticas: entidades de la administración pública con
mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad,
entre enero y junio de 2019

INEI

2019 Perú: Indicadores de gestión municipal

MARCOS, Francisco

2009 “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”. *Revista de
Administración Pública*. Madrid, 2009, núm. 179, pp. 333-365

OECD

2008 Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)

2009 Regulatory Impact Analysis. A tool for policy coherence.

2018 “Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria,
Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria, Éditions OCDE, París.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264279001-es>

OCHOA, Francisco

2020 Exposición en el Conversatorio Virtual sobre Eliminación de barreras burocráticas por el grupo TADAEL de la Universidad Mayor de San Marcos. Realizado de forma virtual el 8 de agosto de 2020.

QUINTANA, Eduardo

2011 “Análisis de Impacto Regulatorio en la regulación peruana de servicios públicos”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 2011, 36, pp. 15-29

RENDA, Andrea

2015 “Regulatory Impact Assessment and regulatory policy”. *Regulatory Policy in Perspective: A Reader's Companion to the OECD Regulatory Policy Outlook 2015*. Paris: OECD Publishing, pp. 35-114

