REPOSITORIO ACADÉMICO UPC

Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos

Item type	info:eurepo/semantics/article
Authors	Quintana Sánchez, Eduardo
Publisher	Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
Journal	Derecho & Sociedad
Rights	info:eu-repo/semantics/openAccess
Downloaded	9-Jun-2016 18:09:39
Item License	http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/
Link to item	http://hdl.handle.net/10757/604687

Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos

Eduardo Quintana Sánchez*

"En el presente artículo, el Dr. Quintana desarrolla de manera excelente los aspectos concernientes al Análisis de Impacto Regulatorio como herramienta necesaria para mejorar la calidad de la regulación, detallando las complejidades de su implementación en otros contextos para evaluar su aplicabilidad en la regulación de servicios públicos peruana"

La reforma regulatoria introducida casi en todos los ámbitos del régimen legal peruano ha determinado, como parte de la tendencia internacional generalizada, que el estado se convierta en un "estado regulador". Este término denota una modificación sustancial de concepto y de acción. En efecto, un estado regulador es aquel que deja de participar en las actividades económicas como agente del mercado y más bien se concentra en ejercer sus capacidades legales para que tanto las actividades económicas desarrolladas por la iniciativa privada como el mecanismo de mercado alcancen los objetivos de bienestar requeridos por la ciudadanía y garantizados por el régimen constitucional. En tal sentido, el principal rol del estado deja de ser la actividad empresarial y se convierte en el ejercicio de funciones regulatorias para el beneficio de la sociedad.

Una de las creaciones más complejas del estado regulador son las agencias reguladoras de servicios públicos, entes administrativos que si bien conforman el Poder Ejecutivo tienen autonomía técnica, funcional y económica frente a éste, para asegurar que puedan ejercer sus funciones de modo independiente e imparcial, no sólo frente al poder privado (la denominada "captura") sino también frente al poder público (es decir la politización).

Como se sabe, las entidades reguladoras cuentan con importantes poderes y facultades de carácter discrecional para crear normas de carácter general o fijar tarifas, para ejecutarlas y supervisar el respeto de tales normas o sancionar su incumplimiento, e incluso para resolver conflictos (ya sea entre usuarios y empresas operadoras o entre estas últimas empresas). De este modo, las agencias reguladoras tienen funciones muy similares a las de un estado (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial, respectivamente), pero los funcionarios que las conforman y dirigen no son designados a través de mecanismos representativos, es decir, democráticamente con el voto popular.

En ese contexto de grandes poderes centralizados en una sola entidad no elegida democráticamente, se plantean cuestionamientos sobre su accionar. Por un lado, se cuestiona la eventual falta de mecanismos a través de los cuales el Presidente de la República, el Congreso o la Sociedad Civil en general puedan controlar a las agencias reguladoras. De otro lado, se cuestiona la ausencia de mecanismos que permitan introducir mayor racionalidad en su proceso de toma de decisiones, o equilibrar las cargas que pueden imponer a la iniciativa privada mediante la regulación que crean y las acciones de fiscalización que realizan. Frente al primer tipo de cuestionamientos se ha introducido diversos mecanismos de transparencia y rendición de cuentas (*accountability*); mientras que el análisis de impacto regulatorio (en adelante AIR) se ha reconocido como una herramienta fundamental para hacer frente al segundo tipo de cuestionamientos[1].

Al respecto, se sabe que si la regulación es diseñada cuidadosamente puede incrementar los beneficios de la sociedad y lograr su bienestar; pero también puede tener un impacto adverso si al regular no se escogen las fórmulas más eficaces y/o se imponen costos significativos a los agentes regulados que no se justifican por el tipo de objetivos buscados. Siendo que la principal función del estado ahora es regular, se hace primordial crear mecanismos que garanticen la calidad de la regulación. El AIR busca cumplir esta función.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Santiváñez Abogados.

1 Es importante señalar que el AIR es una herramienta que puede aplicarse a todos los ámbitos de la creación normativa y reguladora, no solamente a la regulación de servicios públicos.

En efecto, el AIR es una herramienta que viene aplicándose durante más de dos décadas en diversos países y que a través del tiempo se ha ido estandarizando para cuidar la calidad de la regulación. Este examen involucra varias etapas, con niveles crecientes de complejidad. Lo primero es definir el objetivo que se espera conseguir con la intervención reguladora (corregir un problema de relevancia); lo segundo es identificar las posibles medidas regulatorias que podrían adoptarse para conseguir ese objetivo (medidas de menor o mayor grado de intervención del estado); en tercer lugar, corresponde evaluar y, en la medida de lo posible, cuantificar los costos de implementación de cada una de estas posibles medidas (las cargas que se imponen a los regulados con cada medida); para finalmente elegir aquella medida regulatoria que resulte más eficaz para conseguir el objetivo planteado inicialmente. En resumen, la idea central del AIR es mejorar la calidad de la regulación a través de un examen que ofrezca mayores elementos de juicio para tomar una decisión reguladora más informada. Así, el AIR busca hacer más racional la regulación.

En este trabajo se analizan los aspectos cubiertos por el AIR y los métodos que alternativamente pueden utilizarse para conducir el examen requerido. Además, se explican las principales complejidades y/o dificultades que se han encontrado para conducir adecuadamente el AIR en otros países y los cuestionamientos que tratan de poner en tela de juicio su viabilidad real. Todo ello para poder evaluar el marco legal de los organismos reguladores peruanos y determinar en qué medida los principios básicos que rigen su actuación configuran un sistema de AIR coherente y viable.

1. Análisis de Impacto Regulatorio

El AIR nace dentro de la corriente desreguladora como un esfuerzo de los estados por reducir los costos impuestos a las empresas privadas a través de las obligaciones exigidas por el marco legal, es decir, nace como una muestra tangible del compromiso de los gobiernos de aliviar a la iniciativa privada de cargas legales ante la percepción generalizada de que la industria se encontraba sobre regulada. Sin embargo, la finalidad del AIR no es constituirse como un mecanismo de simplificación administrativa, sino más bien funcionar como herramienta clave para mejorar la calidad de las normas legales y en particular de la regulación.

El AIR se utiliza para optimizar la eficiencia y efectividad de las propuestas de medidas regulatorias para asegurar que a través de éstas se logren los objetivos trazados, con el menor costo posible y los menores efectos negativos indeseados[2].

La idea fundamental del AIR y su finalidad destacada es dar un enfoque más racional para la elaboración de normas legales, a través de una metodología que se ha venido estandarizando y aplicando en distintas realidades y países[3]. Esta metodología incluye varias etapas de análisis recomendadas, las mismas que se explican a continuación[4].

"Sin embargo, la finalidad del AIR no es constituirse como un mecanismo de simplificación administrativa, sino más bien funcionar como herramienta clave para mejorar la calidad de las normas legales y en particular de la regulación".

1.1. Identificación del Problema

El punto de partida es identificar cuál es el problema que se considera necesario solucionar a través de una medida regulatoria, es decir, a través de la intervención estatal o más precisamente del regulador. En este nivel del análisis debe definirse cuál es el motivo que da origen a la necesidad de regular y quienes serán los principales beneficiarios y/o afectados por la medida a adoptarse.

El origen de la necesidad de regular podría ser (i) una falla de mercado (por ejemplo la existencia de un monopolio natural o legal, una situación de considerable asimetría de información, la notoria potencialidad de externalidades, etc.) o una combinación de estas fallas; (ii) la necesidad de introducir una mejor distribución social de los recursos que no se lograría simplemente a través del funcionamiento del mecanismo de mercado; (iii) una lógica de paternalismo hacia los consumidores finales[5]; entre otros. Si no se identifica correctamente cuál es ese motivo, los siguientes niveles de análisis resultarán insuficientes o incluso equívocos.

En cuanto a los beneficiarios y/o afectados por la medida a adoptarse, es necesario identificar no sólo a quienes se benefician directamente con la medida sino también,

2 Organisation for Economic Cooperation and Development - OECD-SIGMA. Improving policy instruments through impact assessment. Sigma Paper 312001 (2001), p. 12.

3 La aplicación de metodologías de AIR se encuentra en países de gran tradición en el ámbito de las prácticas regulatorias como Estados Unidos (Executive Order 12291 del año 1981, Executive Order 12866 del año 1993, Executive Order 13563 del año 2011) o Inglaterra (donde se planteaba la forma de aplicar este análisis en documentos como "Lifting the Burden" del año 1985, "Building Bussineesses Not Barriers" del año 1986, o "Regulation – Less is More" del año 2005, y se han dictado normas al respecto como la Regulatory Reform Act del 2001). Igualmente, se encuentra en países con menor tradición en estas materias como podría ser Colombia (Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo), o España (Gobierno de España, Guía Metodológica para la Elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, 2009). También puede apreciarse en ámbitos de profunda integración económica como la Comunidad Europea (Impact Assessment Guidelines – 2009, que son una modificación de los lineamientos emitidos el año 2005). Sin temor a equivocación la lista podría ser tan amplia que ocuparía países de los cinco continentes.

4 Las etapas de análisis que se explican se basan en los siguientes documentos, salvo mayor especificación o indicación en contrario: Betancor, Andrés. Mejorar la regulación: Una guía de razones y de medios (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 2009), pp. 237-295. European Commission. Impact Assessment Guidelines (2009). Guash, L. y Hahn, R. The costs and benefits of regulation: Implications for developing countries, en: The World Bank Research Observer 14 (1). Kirkpatrick, C. y Parker, D. Regulatory impact assesment: developing its potential for use in developing countries. Working Paper Nº 5, Centre on Regulation and Competition, University of Manchester (2003). Organisation for Economic Cooperation and Development - OECD-SIGMA. Improving policy instruments through impact assessment. Sigma Paper 312001 (2001). Viscusi, Kip. Improving the analytical basis for regulatory decision-making; en: Regulatory impact analysis: best practices in OECD countries, OECD (1997).

5 El paternalismo se da cuando se asume que pese a contar con información adecuada los sujetos no estarán en capacidad de decidir lo que más conviene a sus intereses, o cuando no se confía que vayan a actuar acorde con ello y se considera más conveniente regular para salvaguardar los intereses de los individuos.

en lo posible, a los beneficiarios indirectos. De igual modo, también debe identificarse a los que podrían verse afectados, entre los cuales se encuentran aquellos sujetos o agentes que quedan obligados por la norma (y deben asumir los costos o cargas involucradas en su cumplimiento), así como las autoridades públicas que deben asumir la responsabilidad de supervisar el cumplimiento y, de ser el caso, sancionar a los infractores. Dentro de este ámbito también es relevante saber que tan amplio o reducido es el grupo de beneficiarios y afectados.

1.2. Definición de los Objetivos

Como segundo paso en el análisis se define el objetivo que se busca, en concordancia con el problema identificado. En principio existe identidad entre el problema y la finalidad de la intervención estatal, pues lo que se busca es solucionar el problema. No obstante, se requiere definir qué aspectos del problema se van a solucionar con la intervención regulatoria, en tanto que pueden existir otros aspectos del mismo problema que pueden solucionarse sin necesidad de más intervención. Según el problema identificado, los objetivos pueden ser de varios niveles, desde generales hasta muy particulares para ir dando solución al problema por partes. Sólo definiendo claramente los objetivos a conseguir se puede identificar posteriormente las medidas necesarias o posibles para lograrlos.

Es decir, si el problema identificado es de asimetría de información sobre los riesgos vinculados con la utilización de un determinado producto que ofrece muchas prestaciones y ventajas, resultaría suficiente que el objetivo de la intervención regulatoria sea que los agentes reciban toda la información necesaria para que puedan decidir (sin necesidad de mayor intervención) si desean o no ese producto. En tal caso, mal se haría en definir que la finalidad de la medida a adoptarse es la erradicar el referido producto del mercado.

1.3. Identificación de Opciones Regulatorias

La tercera etapa del análisis consiste en escoger entre las distintas alternativas que se tienen para dar solución al problema, es decir, identificar las opciones regulatorias que existen y permitirían alcanzar el o los objetivos trazados.

El desarrollo conceptual y práctico sobre las distintas opciones regulatorias que pueden utilizarse es cada vez mayor. Las medidas que puede considerar una autoridad o el regulador no se limitan únicamente al ejercicio de las típicas capacidades de *Ius Imperium* del estado, como formas de coerción o coacción para que los sujetos se comporten de una determinada manera (que son típicamente denominadas como regulación "command and control"). Por el contrario, las medidas reguladoras también incluyen una diversidad de alternativas en las que no interviene el estado o en las que se utilizan mecanismos distintos al *Ius Imperium*. Inclusive, se señala que la regulación tradicional en ejercicio del Ius Imperium puede darse a través de medidas de distinto grado de intervención sobre la libre iniciativa y sobre el funcionamiento del mercado, dependiendo del tipo de situaciones que se requiere solucionar.

En cuanto a los mecanismos que no involucran la intervención del estado se encuentra la autorregulación, a través de la cual los agentes del mercado (que usualmente conforman un tipo de comunidad) auto determinan las reglas que les son aplicables y vigilan su cumplimiento por ejemplo mediante supervisión entre pares. De otro lado, un tipo habitual de medidas regulatorias que funcionan con mecanismos distintos al *Ius Imperium*, son las medidas que influyen en el comportamiento a través de incentivos. Un ejemplo son las normas tributarias que sin prohibir conductas no deseadas ni imponer conductas deseadas por el sistema legal, establecen sobrecargas o premios para los agentes a fin de inhibir o promover dichas conductas, respectivamente.

Por último, en lo que se refiere a las medidas en ejercicio del *Ius Imperium* que involucran distinto grado de intervención, puede compararse aquellas que establecen la obligación de ofrecer determinado tipo de información sobre los productos que se ofrecen en el mercado (pero sin impedir ni restringir su ofrecimiento), frente a las que disponen la obligación de pasar un control previo del estado antes de poder ofrecer los productos en el mercado (es decir una habilitación administrativa previa cumpliendo determinados requisitos), y respecto de otras medidas que simplemente prohíben de forma absoluta el ofrecimiento de los productos en el mercado[6].

Teniendo en cuenta lo anterior, la idea en este nivel del análisis es identificar y escoger entre las distintas alternativas existentes, aquellas que pueden dar solución al problema identificado, considerando las que involucran mayor y menor grado de intervención estatal, y pasando revista también a las que no involucran intervención estatal o que funcionan con mecanismos distintos al *Ius Imperium*.

Se ha llamado la atención sobre la necesidad de incluir además entre las alternativas posibles frente al problema identificado una que sea mantener el estatus quo, es decir, considerar también como un posible escenario no introducir medida regulatoria alguna. Ello se debe a que en el siguiente nivel de análisis corresponde valorar cada una de las opciones y siempre existe la posibilidad de que no adoptar una medida regulatoria sea la mejor opción, debido a que ello genera menores distorsiones que la intervención reguladora. Otra forma de verlo es pensar que la opción de no introducir medida regulatoria alguna es equivalente a dejar que siga funcionando el mecanismo de mercado, lo que no es otra cosa que considerar que es preferible un mercado imperfecto (con las fallas que se hayan podido identificar) en vez de la intervención estatal mediante una regulación

6 Al respecto, puede verse entre otros: Better Regulation Task Force. Alternatives to state regulation (Inglaterra 2000). Better Regulation Task Force. Routes to better regulation. A guide to alternatives to classic regulation (Inglaterra 2005). Driesden, David. Alternatives to regulation? Market mechanisms and the environment; en: The Oxford Handbook of Regulation, Baldwin, Cave and Lodge editors (Gran Bretaña, Oxford University Press, 2010), p. 203-222.

Acceso al artículo completo: http://hdl.handle.net/10757/604687