

Ruleta Regulatoria. La importancia del análisis de la razonabilidad de las regulaciones.



ENRIQUE PASQUEL RODRÍGUEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale.

Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Ex Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia No. 1 del Tribunal del INDECOPI.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Quién usa el test de razonabilidad?
- III. La metodología del test:
 1. Fin público e idoneidad;
 2. Necesidad o análisis de medidas menos gravosas;
 3. Proporcionalidad en sentido estricto.
- IV. Qué más debería exigir el análisis de razonabilidad: Justificación previa de la regulación.
- V. Por qué es especialmente importante este análisis en Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Desde nuestra partida de nacimiento hasta la de defunción tenemos que lidiar con la Administración Pública, quien tiene el poder de obligarnos hacer miles de cosas que no se nos ocurriría voluntariamente. A veces para bien, pero a veces para mal. Una regulación bien diseñada puede ayudar a solucionar ciertos problemas públicos; pero regulaciones irrazonables o arbitrarias pueden terminar creando más problemas sociales que los que solucionan (si es que solucionan alguno). Por eso, si no le exigimos a la Administración que regule solo cuando tenga buenas razones para ello, estamos "ruleteando". Jugamos a la ruleta con nuestros derechos y con el dinero que le entregamos a la Administración a través de nuestros tributos.

Además, toda regulación —buena o mala— eleva los costos que las empresas tienen que enfrentar para entrar al mercado. Este costo regulatorio reduce la competencia o desplaza a quienes no puedan enfrentarlo al mercado informal. Esto es un problema pues a las empresas informales les es más difícil alcanzar economías de escala, suelen contratar trabajadores menos especializados, tienen menos acceso a crédito y se enfrentan más a funcionarios públicos corruptos.¹ Por esto, las empresas informales son menos productivas. Se ha estimado que en Latinoamérica y el Caribe las empresas informales son 30% menos productivas que las formales y que si los gobiernos redujesen el costo que imponen sus regulaciones a los negocios al punto de ocupar el cuarto superior del *Doing Business Index*, su crecimiento económico aumentaría entre 1.4% y 2.2% adicionales al año.² Menos desarrollo económico, evidentemente, significa

más pobreza y peores condiciones de vida para toda la población.

Por ello, si queremos que la Administración no regule arbitrariamente y que no retrase el desarrollo económico, debemos contar con mecanismos para controlarla. Un mecanismo es el denominado "test de razonabilidad". Este trabajo busca explicar cómo funciona este test, enfocándose principalmente en la jurisprudencia en materia de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi.

II. ¿QUIÉN USA EL TEST DE RAZONABILIDAD?

Existe una metodología utilizada, con ciertas variantes, en buena parte del mundo para analizar la razonabilidad de la limitación de derechos por parte del Estado. Este "test de razonabilidad" (también denominado de proporcionalidad) busca que las regulaciones, además de legales, no sean arbitrarias. Busca evitar que la regulación favorezca intereses particulares en vez de solucionar problemas públicos, que sea incoherente, que haya sido adoptada por funcionarios desinformados sobre las características del problema, los costos y los beneficios de su decisión, o que limite los derechos de los particulares de forma innecesaria.

Este test se aplica desde hace un siglo en el Derecho Administrativo Sancionador en Alemania. Y en los años cincuenta empezó a ser utilizado en otras áreas del Derecho Público por las cortes alemanas, desde donde luego se extendió al resto de países europeos.³ En Canadá es denominado *Oakes Test*, pues fue establecido por la Corte Suprema de Canadá en el caso *R. v. Oakes* en 1986.⁴ Y hoy también es utilizado en países

1. Un resumen de estos problemas y de la bibliografía que los analiza puede verse en OECD, *Competition Policy And The Informal Economy*, OECD, 2009, pp. 34 y 35. Algunos de estos problemas también los trato en estos dos artículos: "Por qué Google no es peruano. Historias sobre derecho y desarrollo económico". En: *Revista de Economía y Derecho* 14 (2007); o, "Informalidad, riesgo empresarial y la superación de la pobreza". En: *Ius et Veritas* 34 (2007).
2. OECD, *Op. cit.* p. 37.
3. Al respecto ver: ANDENAS, Mads y ZLEPTNIG, Stefan. *Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective*, En: *Texas International Law Journal*, Vol. 42, pp. 371-400.
4. *R. v. Oakes* (1986) 1 S.C.R. 103.

como Irlanda, Sudáfrica, Israel, Australia y Nueva Zelanda, así como por organizaciones internacionales como la Corte Europea de Justicia y la Organización Mundial del Comercio.⁵ En Latinoamérica esta metodología es ampliamente aplicada por cortes constitucionales como la de Colombia, y el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en numerosas ocasiones que éste es el test que debe utilizarse para analizar la razonabilidad de las limitaciones a derechos de particulares.⁶

El análisis de razonabilidad tiene un paralelo en la jurisprudencia norteamericana. A partir de fines de la década de los treinta, la Corte Suprema de los Estados Unidos empezó a desarrollar lo que se denominó el *strict scrutiny test*, una metodología para analizar si las normas que limitaban derechos fundamentales reconocidos por la Constitución se encontraban justificadas o no.⁷ Este test establece que se debe demostrar que la limitación se encuentra justificada por un interés público, crucial y del más alto nivel, que no se ha restringido los derechos de los particulares más de lo necesario y que se trata de la medida menos gravosa para alcanzar dicho interés público. El objetivo de este test es, principalmente, asegurarse que el gobierno no persiga medidas ilegítimas — como por ejemplo discriminar minorías — bajo la apariencia de estar realizando sus funciones. Su aplicación es muy estricta. Según un estudio empírico de Adam Winkler, un 70% de las normas analizadas por el Poder Judicial bajo éste test son invalidadas.⁸

En el Derecho Norteamericano el *strict scrutiny test* no suele aplicarse a restricciones a derechos económicos y la razonabilidad de los actos administrativos suele ser evaluada bajo el llamado *arbitrariness review* establecido por la Administrative Procedure Act. Este análisis, no obstante, comparte características con el *strict scrutiny test*.

En el Perú, además del Tribunal Constitucional, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (conocida por sus siglas como “CEB”)⁹ utiliza frecuentemente este test.

III. LA METODOLOGÍA DEL TEST

Quien ha desarrollado con mayor detalle la metodología de este test en materia de regulación económica en el Perú es la CEB y la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, por lo que me centraré en sus resoluciones, aunque también haré referencia a casos del Tribunal Constitucional y a jurisprudencia extranjera.

La metodología utilizada por la CEB fue establecida mediante un precedente de observancia obligatoria en la Resolución No. 182-97-TDC. En éste caso se discutía la validez de una regulación municipal que obligaba a los taxistas a pintar sus automóviles de amarillo.

Esta resolución adoptó el denominado “test de razonabilidad” utilizado en el Derecho Constitucional comparado para establecer si una limitación a un derecho constitucional es válida o no.

5. Ver, STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Judith, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47 (2008) pp. 73-165.
6. Ver, por ejemplo las sentencias de los expedientes No. 0016-2002/AI, No. 008-2003/AI, No. 045-2004/AI, No. 048-2004/AI, No. 050-2004/AI, No. 051-2004/AI, No. 004-2005/AI, No. 007-2005/AI, No. 009-2005/AI, No. 025-2005/AI, y No. 009-2007/AI.
7. El caso que introdujo el *strict scrutiny test* fue *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). También ver *Skinner v. State of Oklahoma*, 316 U.S. 535, 1942, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama*, 357 U.S. 499 (1958), *Kramers v. Union School District*, 395 U.S. 621 (1969), y *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).
8. Ver, WINKLER, Adam, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, Vol. 59 *Vanderbilt Law Review* p. 793 y ss. 2006.
9. Anteriormente el nombre de la CEB fue “Comisión de Acceso al Mercado” y era conocida por sus siglas como “CAM”.

El test de razonabilidad consiste en analizar tres aspectos del proceso por el que la regulación fue adoptada, luego de que se confirmó que esta fue emitida por la entidad competente, cumpliendo los requisitos que exige la ley y sin violar ninguna norma. Los tres aspectos que se analizan en este test son:

- a) Fin público e idoneidad: Se analiza que se haya identificado un fin público que sea necesario proteger y que se haya escogido una medida idónea para ello.
- b) Necesidad: Se analiza que entre las medidas idóneas existentes se haya escogido aquella que afecte en menor medida los derechos de los particulares.
- c) Proporcionalidad en sentido estricto: Se analiza que el beneficio al interés público sea mayor que las pérdidas que genera la restricción impuesta.

A continuación describimos con mayor detalle cada uno de los pasos de análisis del test de razonabilidad.

1. Fin público e idoneidad

Toda limitación de los derechos fundamentales debe perseguir un fin público constitucionalmente legítimo. En otras palabras, debe acreditarse que realmente existe un problema que afecte a un interés público, que dicho problema no sea una mera suposición y que detrás de la regulación no hay realmente un interés privado.¹⁰

Esta exigencia es importante porque si la Administración regula sin estar segura que realmente existe un problema público, entonces no hace más que desperdiciar recursos escasos y restringir innecesariamente los derechos de los particulares.

Un ejemplo norteamericano de cómo la Administración puede regular sin cumplir con este análisis es el famoso caso de *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*.¹¹ Ahí se discutió una regulación que estableció un estándar máximo de exposición a la bencina en lugares de trabajo. Si bien en este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos no aplicó el *strict scrutiny test*, invalidó la regulación porque la Administración no demostró que realmente existiera un riesgo en ese nivel de exposición a la bencina.

Si este caso hubiera sido analizado bajo el test de racionalidad, podría haberse dicho que el fin público de la regulación no quedó demostrado. Al establecer ese estándar sin tener pruebas de que ese nivel de exposición a la bencina implicaba un riesgo real, la Administración solo estaba encareciendo la actividad industrial, reduciendo con ello la inversión, los puestos de trabajo, la competencia y, probablemente, aumentando los precios de los productos. Además, se estaba obligando a sí misma a desperdiciar recursos para fiscalizar un problema que no sabía si realmente existía.

Un ejemplo de este tipo de análisis en Indecopi se encuentra en la Resolución No. 0922-2010-IN-DECOPI. En este caso, la Asociación de Vivanderos - Comerciantes de Abarrotes y de Servicios Múltiples del Exterior del Mercado de Piura interpuso una denuncia contra la Municipalidad Provincial de Piura por prohibir la venta de bebidas alcohólicas en sus puestos en los mercados. Según la municipalidad la regulación era necesaria porque el consumo de alcohol había generado disturbios, escándalos y homicidios. El voto en minoría de la Sala consideró que la regulación era irrazonable porque no se había demostrado que esos problemas realmente existieran pues la municipalidad presentó evidencia insuficiente de que el consumo de

10. En algunos casos como los de los expedientes No. 045-2004/AI y No. 025-2005/AI el Tribunal Constitucional ha señalado que hay que diferenciar entre el fin protegido por la Constitución y el objetivo que busca la norma, que supuestamente sería el resultado práctico que se quiere obtener para avanzar hacia el mencionado fin. Según el Tribunal, al hacer el análisis de necesidad hay que evaluar si la medida es idónea para alcanzar el objetivo.

11. 448 U.S. 607 (1980).

alcohol generara disturbios u homicidios en esos lugares. Obviamente, si la municipalidad no tenía pruebas de que el problema existía, no debería haber gastado recursos públicos y limitado derechos privados en tratar de solucionarlo.

Otro aspecto de este primer paso del test de razonabilidad es que la medida adoptada debe ser idónea para solucionar el problema público identificado. Lo que se le exige a la entidad pública es que acredite que existe una conexión lógica entre la medida propuesta y la finalidad perseguida. En palabras de ANDENAS y ZLEPTING, que existe una relación de causalidad entre la implementación de la regulación y la solución del problema.¹²

Por ejemplo, en la Resolución No. 182-97-TDC se discutió si la Municipalidad Provincial de Trujillo podía obligar a todos los taxistas a pintar su taxi de amarillo, con la finalidad de reducir los casos de robos y violaciones. La Sala señaló que la medida era irracional, pues la Municipalidad no había demostrado que uniformizar el color de los taxis reduciría el número de éstos delitos. Por el contrario, cabría la posibilidad de que al uniformizar el color de los vehículos se volviera más difícil identificar el taxi en el que ocurrió un ilícito.

Otro caso interesante es el resuelto mediante la Resolución No. 1458-2009/SC1-INDECOPI. En este caso, la Federación de Transportistas en Vehículos Menores de El Agustino cuestionó una regulación que establecía que cada empresa que preste el servicio de mototaxi no podía tener más de 30 unidades. La municipalidad sostuvo que esta medida era necesaria para solucionar el problema de saturación vial en distintas vías del distrito.

Si bien la municipalidad demostró con un estudio que existía un problema de saturación vial debido al exceso de mototaxis, la Sala conside-

ró que la medida escogida para solucionar el problema no era idónea. La razón es que una persona que quisiera operar más de 30 unidades podía constituir nuevas empresas (cada una con un máximo de 30 unidades). La medida no limitaba el número total de unidades circulantes, por lo que no ayudaba a solucionar el problema de congestión vial.

2. Necesidad o análisis de medidas menos gravosas

En este paso del análisis de razonabilidad se debe verificar que la limitación impuesta sea necesaria. Es decir, que no exista entre las alternativas idóneas para conseguir el fin perseguido una que afecte en menor medida los derechos de los particulares.

Este paso del análisis involucra responder dos preguntas. La primera es si existen alternativas que afecten en menor medida a los particulares. La segunda es si alguna de esas alternativas es igualmente idónea para solucionar el problema que se busca resolver.¹³

En el caso del expediente No. 008-2003/AI, el Tribunal Constitucional señaló cómo debía aplicarse la evaluación de la necesidad cuando se trata de una norma que limita específicamente a la libre competencia. El Tribunal dijo que “[e]n efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al “mínimo costo”. Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico”.¹⁴

Un ejemplo de la aplicación de este análisis se encuentra en la sentencia del 20 de mayo de 1976 de la Corte Europea de Justicia en el caso

12. ANDENAS, Mads y ZLEPTING, Stefan, *Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective*, p. 18.

13. ANDENAS, Mads y ZLEPTING, Stefan, *Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective*, p. 19.

14. Ver considerando 53 de la sentencia.

de Adriaan de Peijper, quien se dedicaba a la importación paralela a Holanda de medicinas fabricadas en el Reino Unido. El gobierno holandés, por razones de salud pública, le exigía al importador la obligación de obtener un reporte del fabricante sobre las características generales de la medicina y del lote importado. Peijper alegaba que el fabricante no le entregaría ese reporte porque era su competidor en Holanda. La Corte señaló que no era necesario exigir información sobre el producto a cada importador si en el pasado otro importador ya la había proporcionado y el gobierno contaba con ella.

Asimismo, no era necesario exigir al importador que consignase un reporte del fabricante sobre el lote específico, cuando era posible obtener la misma información de otras fuentes o cuando no había problema en que el gobierno holandés solicitara la declaración del fabricante al gobierno del Reino Unido, quien ya contaba con esa información.¹⁵ En otras palabras, la Corte señaló que si existían otras medidas menos gravosas para el particular con las que se podía proteger la salud pública, la regulación era inválida.

Este paso del análisis ha sido importante en diversos casos de la jurisprudencia de Indecopi en los que una municipalidad restringe en todo su distrito actividades que generan problemas, a pesar de que estos se encuentran focalizados en zonas muy específicas. Un ejemplo es el caso resuelto mediante la Resolución No. 1511-2009/SC1-INDECOPI. En este caso la Municipalidad de Barranco restringió el horario de funcionamiento de locales que vendieran bebidas alcohólicas en todo el distrito con la finalidad de reducir la delincuencia, la contaminación acústica, los escándalos, la prostitución en la vía pública, la venta de drogas, entre otros.¹⁶

La Sala declaró irrazonable la regulación — entre otros motivos — porque incluso cuando

serviera para solucionar esos problemas, no era necesario imponerla en todo el distrito. Si esos problemas se encontraban restringidos a zonas particulares, existía una alternativa menos gravosa para solucionarlos: Imponer la restricción solo en esas zonas. Si en algunos lugares del distrito no existía una aglomeración de locales que generara problemas o los locales existentes por sí solos habían resuelto estos problemas, no era necesario imponer la regulación en su área.

Este mismo criterio ya había sido usado en otros casos como en el de la Resolución No. 1511-2009/SC1-INDECOPI. La Municipalidad de Miraflores había establecido que las discotecas no podían funcionar más allá de las 3 am los viernes, sábados y vísperas de feriados y no más allá de la 1 am de domingo a jueves, con la finalidad de proteger la tranquilidad de los vecinos. La denunciante señaló que su discoteca se encontraba en un área eminentemente comercial, por lo que no generaba molestias a los vecinos y no era necesario restringir su horario de funcionamiento. La Sala declaró irrazonable la regulación — entre otros motivos — porque si en el distrito existen zonas eminentemente comerciales donde las actividades de discotecas no generan molestias a los vecinos, basta con imponer la regulación en las áreas que sí perturben a las residencias y no es necesario imponer la restricción a todo el distrito.¹⁷

3. Proporcionalidad en sentido estricto

En este último paso del análisis de razonabilidad (para Indecopi este es el segundo paso y el análisis de medidas menos gravosas es el tercero), asumiendo que la medida es idónea y necesaria, se compara el grado de afectación de los derechos de los particulares con el grado en el que se alcanza la finalidad perseguida.

15. Ver especialmente los puntos 19 a 29 de la sentencia.

16. Los casos de restricciones de horarios de funcionamiento también han sido analizados por el Tribunal Constitucional en el llamado "Caso de la Calle de las Pizzas", en el expediente No. 00007-2006-AJ.

17. Un caso similar es el de Hotel Plaza S.A. vs. Municipalidad Provincial de Maynas, resuelto mediante la Resolución No. 0061-2008/CAM-INDECOPI.

No existe una aplicación uniforme de este paso. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, señala que se debe comparar el grado con el que se alcanza la finalidad perseguida con el grado en el que se afectan los derechos de los particulares.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional explicó en la página 24 de la sentencia del expediente No. 009-2007/AI, que *"para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental"*.

A mi juicio, este análisis el Tribunal Constitucional es poco preciso, pues no señala cómo se miden esas magnitudes ni cómo se compara una con otra. Además, olvida que a pesar que el objetivo de la regulación se cumpla en un cien por ciento y se afecte los derechos de los particulares en poca medida, el costo de la regulación podría ser mayor que sus beneficios, por lo que la sociedad en su conjunto perdería en vez de ganar con la regulación.

Por esta razón, creo que la mejor manera de realizar este paso del análisis de razonabilidad es como lo hace Indecopi, especialmente en los últimos años. Indecopi exige a la Administración demostrar que analizó que los costos totales de la regulación son menores que los beneficios que la misma supone.

La lógica de esta exigencia es evidente: La lavada no puede costar más que la camisa. Incluso cuando la regulación sirva para solucionar un problema público, no tiene sentido mantenerla si es que cuesta más que los beneficios que trae.

Por ejemplo, en el citado caso norteamericano de *Industrial Union Department v. American Pe-*

*troleum Institute*¹⁸, donde se discutió una regulación que estableció un estándar máximo de exposición a la bencina en lugares de trabajo, la industria había aceptado la reducción del nivel máximo permitido en numerosas oportunidades, pero llegó un punto en el que, aparentemente, era económicamente inviable para las empresas cumplir con el nuevo estándar. La regulación se invalidó porque no se demostró que realmente existiera un riesgo en ese nivel de exposición a la bencina, pero el argumento de los demandantes era interesante: Cualquier beneficio por la reducción del aparente riesgo a la salud de exponer a los trabajadores a ese nivel de bencina se vería opacado por la pérdida de sus puestos de trabajo y el cierre de las industrias.

Otro caso que ejemplifica la importancia de comparar los costos y beneficios de la regulación es *Competitive Enterprise Institute v. National Highway Traffic Safety Administration*.¹⁹ En este caso se discutía un estándar impuesto por la NHTSA que obligaba a los fabricantes de automóviles a fabricar vehículos con un mejor rendimiento de combustible por galón, con la finalidad de reducir el consumo de petróleo y obtener con ello beneficios al medio ambiente.

La Corte cuestionó la regulación de la NHTSA porque no había tenido en cuenta los costos que implicaba. El costo que tendrían que asumir los fabricantes de automóviles para lograr que estos consumieran menos combustible los estaba forzando a tener que cobrar más por los autos o a fabricar autos más pequeños y económicos. Esto, a su vez, llevaba a que menos consumidores compraran autos nuevos (conservando sus autos viejos y contaminantes) o a que adquirieran autos más pequeños, los cuales son más inseguros e involucran más pérdidas de vidas.

Según Crandall y Graham, eran miles las vidas adicionales que se perdían al año por manejar autos más pequeños e inseguros.²⁰ En otras

18. 448 U.S. 607 (1980).

19. U.S. App. D.C. 936 F.2d 321.

20. CRANDALL, Robert W. y GRAHAM, John D. *The effect of fuel economy standards on automobile safety*, En: *Journal of law and economics*, Vol. 32 (1989).

palabras, el costo de la regulación era contaminación y más vidas perdidas en accidentes y la NHTSA debió tenerlo en cuenta al momento de decidir si implementar la regulación o no.

Los costos escondidos de las regulaciones pueden ser enormes y si no se hace un esfuerzo por encontrarlos y cuantificarlos se pueden causar más problemas de los que se solucionan. Por ejemplo, una regulación que, para salvar vidas, exige más pruebas antes de que se autorice la introducción de un nuevo medicamento puede impedir que se salve las vidas de otras personas que no podrán consumir la nueva droga.

Asimismo, restringir el uso de ciertos pesticidas tratando de cuidar la salud pública puede tener la consecuencia de elevar el costo de la producción de alimentos y, con ello, elevar la tasa de desnutrición. Otro ejemplo muy usado es el de las regulaciones a lo largo del mundo que prohibieron el uso del DDT para evitar un posible daño al medio ambiente (concretamente a ciertas especies de pájaros) y que tuvieron como consecuencia dificultar la lucha contra los mosquitos que transmiten la malaria, la que hoy en día mata más de 1 millón de niños al año a causa de esta enfermedad. En otras palabras, la regulación cambió vidas de pájaros por vidas de niños y nadie tomó en cuenta este potencial costo antes de implementar la regulación.²¹

Muchas regulaciones aparentemente buenas resultan absurdas una vez que analizamos sus costos.²² En EEUU, por ejemplo, el gobierno de Bush propuso elevar el estándar de arsénico que podía contener el agua de 50 a 10 partes por mil millones. El costo de este nuevo estándar sería

de 200 millones de dólares anuales y se estimó que gracias a él se salvarían seis vidas anuales.²³ La pregunta es: ¿Seis vidas valen 200 millones? Aparentemente es difícil ponerle una cifra al valor de la vida, pero pensemos en cuántas vidas se salvarían si en vez de perderse, esos 200 millones se invirtieran.

Según Lutter, Morral y Viscusi, en EEUU cuando las regulaciones que buscan proteger la vida y la salud imponen un costo de por lo menos 15 millones de dólares a los privados, se pierde en promedio una vida anual a raíz de la reducción del crecimiento económico.²⁴ En otras palabras, hay cierto punto en el que toda regulación puede terminar con más vidas de las que salva.²⁵ Ese dinero produciría más industrias, puestos de trabajo, competencia, productos y probablemente mejores precios.

El mayor desarrollo económico eleva la expectativa de vida y hace que, anualmente, hayan relativamente menos muertes, pues con mayores recursos las personas tienen menos accidentes, mejor alimentación, mayor acceso a servicios básicos, a medicina y a otros servicios que elevan la expectativa de vida. Si las cifras señaladas son ciertas, la propuesta de Bush que salvaría seis vidas al año a su vez haría que se pierdan trece vidas anuales. En otras palabras, la regulación sería absurda pues supondría una pérdida neta de siete vidas cada año.

Los costos escondidos de las regulaciones son numerosos y suelen ser olvidados a pesar de que persigan fines legítimos. Por ejemplo, la restricción a la comercialización de alimentos genéticamente modificados puede evitar cier-

21. Ver al respecto, MEINERS, Roger E. y MORRIS, Andrew P. *Silent Springs And Silent Villages: Pesticides And The Trampling Of Property Rights*. En: Leal, Donald y Meiners, Roger (editores). "Government vs. Environment". Rowman and Littlefield Publishers, 2002. pp. 15-38.

22. Sobre cómo las regulaciones que buscan eliminar un riesgo pueden terminar causando otros ver GRAHAM, John y BAERT WIENER, Jonathan (editores). *Risk vs. Risk. Tradeoffs In Protecting Health and the Environment*. Harvard University Press, 1995.

23. SUNSTEIN, Cass. *The Paralyzing Principle*. En: Regulation, Invierno (2002-2003) p. 33.

24. LUTTER, Randall; MORALL, John F. III y VISCUSI, W. Kip. *The Cost-per-Life-Saved Cutoff for Safety-Enhancing Regulations*. En: Economic Inquiry, Vol. 37, Issue 4, (1999). pp. 599-608.

25. Sobre este punto también ver: WILDAVSKY, Aaron. *Richer is Safer*. En: The Public Interest, Vol. 60, (1980) p. 23.

tos problemas ecológicos, pero encarece la producción de alimentos, aumentando sus precios, lo que a su vez eleva las tasas de desnutrición, entre otros problemas. Además, el cultivo de alimentos genéticamente modificados demanda menos tierra, agua y pesticidas, con lo que restricciones a su comercialización también supondrían problemas ecológicos de otro tipo.²⁶

La regulación para combatir el cambio climático es otro ejemplo de cómo los gobiernos suelen actuar como si los costos regulatorios no existieran. Sala i Martin, por ejemplo, hace un cálculo interesante para analizar el Protocolo de Kyoto, sobre la base del estudio del profesor de Yale William Nordhaus.²⁷

Se estima que el costo de su implementación sería de 1% del PBI anual (500,000 millones de euros, aproximadamente). Si asumimos que (i) los costes del cambio climático se manifiestan en 100 años, (ii) el Protocolo de Kyoto logra eliminar todos esos costos, (iii) una tasa de crecimiento mundial de 2,5% anual, y (iv) una tasa de descuento de 6%, solo tendría sentido implementar el protocolo si las pérdidas ocasionadas por el cambio climático dentro de 100 años fueran del 33% del PBI actual. Como las peores predicciones hablan de pérdidas bastante más pequeñas que eso, sería absurdo implementar el Protocolo porque sus costos para el mundo serían mayores que sus beneficios.²⁸

Obligar a las entidades públicas a hacer un análisis costo beneficio también es importante porque sin él no es posible determinar cuál es la regulación más conveniente para obtener un objetivo específico. Por ejemplo Viscusi y Gayer, en un famoso artículo²⁹, demostraron la irracionalidad de las políticas públicas de distin-

tas agencias estadounidenses por no analizar correctamente los costos y beneficios de sus regulaciones.

Por ejemplo, la *Occupational Safety and Health Administration* emitió diversas regulaciones para resguardar la vida de las personas con costos radicalmente distintos. La regulación para la construcción de túneles subterráneos imponía un costo de \$0.1 millones por vida salvada, la de excavaciones \$1.8, la de explosiones \$3.3, la de bencina \$10.6, la de arsénico \$127.3 y la de formaldehído \$102,608.5. Si hubiera tenido en cuenta los costos de las regulaciones, la agencia se hubiera concentrado en implementar las que permitían salvar vidas a bajo costo, pero al no hacerlo desperdició recursos y perdió la oportunidad de salvar a más personas. Es imposible darse cuenta de esto si la Administración no analiza los costos y beneficios de sus regulaciones.

Por ello, es importante que las entidades públicas analicen los costos que suponen sus regulaciones y que los comparen con sus beneficios. Si no, es imposible determinar —por lo menos en líneas generales— qué se pierde y qué se gana con ellas, y si realmente se encuentran justificadas o si son arbitrarias. Evidentemente, no siempre se podrá hacer un análisis extremadamente preciso.

Por un lado, es difícil identificar todos los costos y beneficios posibles; hay muchos difíciles de cuantificar y no siempre existirá información disponible. Sin embargo, incluso con esas limitaciones, un análisis costo-beneficio permite por lo menos identificar cuáles son las opciones descabelladas que no deberían implementarse de ninguna forma. Como señala Wildavsky, evitar

26. Al respecto puede verse: GOKLANY, Indur M. *Precaution without Perversity: A Comprehensive Application of the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops*. En: *Biotechnology Law Report*, Vol 20, p. 377 y ss. (2001).

27. NORDHAUS, William. *The Stern Review on the Economics of Climate Change*. En: http://nordhaus.econ.yale.edu/stern_050307.pdf

28. Ver: SALA I MARTIN, XAMER. *Cambio Climático (IV): El Tipo de Interés*. En: *La Vanguardia*, 10 de abril de 2007. Disponible también en: http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch4260/deploy/salaimartin.pdf Sobre este tema también puede verse GOKLANY, Indur M. "Discounting the Future". En: *Regulation*, Spring 2009, pp. 36-40.

29. VISCUSI, Kip y GAYER, Ted. *Safety at any price?* En: *Regulation*, (Otoño 2002), pp. 54-63.

lo peor cuando uno no puede alcanzar lo mejor no es un logro pequeño.³⁰

Es cierto también que algunas entidades públicas no contarán con recursos para hacer un estudio exhaustivo. Sin embargo, como señala Rose-Ackerman, se debería exigir por lo menos un esfuerzo de pensar sistemáticamente sobre las opciones disponibles y sobre sus implicancias.³¹ De lo contrario, estaríamos aceptando que las agencias públicas actúen a ciegas, sin importar a quién perjudican ni cuáles son los costos de sus acciones.

Además, obligar a las agencias públicas a hacer explícitos los costos y beneficios involucrados en su análisis ayuda a volver el proceso regulatorio más transparente, a controlar la corrupción, a brindar más elementos para discutir las políticas públicas y a forzar a la Administración a tomar decisiones más responsables.

En numerosos casos Indecopi ha declarado irrazonables regulaciones debido a que la Administración no evaluó los costos y beneficios de las mismas. Un caso reciente es el de la empresa Expreso Internacional Dorado S.A.C. que cuestionó la exigencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de contar con un patrimonio mínimo de 1,000 UITs (3'600,000 soles) para brindar el servicio de transporte público de personas en el ámbito nacional.

La CEB declaró irrazonable la medida, entre otros motivos, porque no evaluó los costos asociados a ella. Si bien la Sala declaró ilegal y no irrazonable la regulación, también expresó esa preocupación en su resolución final.³² La Sala señaló que un costo previsible que debió ser estudiado era que la exigencia restringiría la oferta del servicio de transporte. Esto supondría

que ciertas rutas se desabastecerían, los pasajes se elevarían, se reduciría la competencia y con ello, probablemente, la calidad del servicio.

Quienes podrían sufrir especialmente con la regulación serían los habitantes pobres de zonas rurales alejadas de poca demanda. Ellos —de verse desabastecidos del servicio de transporte— verían restringidas sus posibilidades de viajar a otras localidades donde puedan gozar de salud o educación. La regulación también tendría un impacto en la actividad turística, de la que viven muchas zonas rurales. Y podría incluso dificultar la renovación del parque automotor, pues los vehículos adquiridos mediante *leasing* (un sistema que financieramente puede resultar más barato) no incrementan el patrimonio de una empresa, con lo que para cumplir con la regulación las empresas de transportes tienen más incentivos para comprar los vehículos, lo cual puede ser financieramente más costoso. Finalmente, la Sala indicó que el Ministerio no evaluó los costos de fiscalizar el cumplimiento de la regulación, especialmente cuando es sumamente complicado estar al tanto de la variación de la situación patrimonial de las empresas involucradas.³³

Asimismo, en todos los casos de limitaciones de los horarios de funcionamiento de negocios descritos antes, la Sala resaltó que la administración no evaluó los costos de la medida. Por ejemplo, las pérdidas para los negocios, los puestos de trabajo perdidos directa e indirectamente, los costos que la administración tendría que asumir por aumentar sus labores de fiscalización, etc.

IV. QUÉ MÁS DEBERÍA EXIGIR EL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD: JUSTIFICACIÓN PREVIA DE LA REGULACIÓN

30. WILDAVSKY, Aaron. *The Political Economy of Efficiency: Cost-Benefit Analysis, Systems Analysis, and Program Budgeting*. En: *Public Administration Review*, Vol. 26, No. 4 (1996), p. 298.

31. ACKERMAN, Susan Rose. *The Economic Analysis of Public Law*, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 1, 1994 p. 60.

32. Resolución No. 0139-2011/SCT-INDECOP.

33. Ver especialmente las páginas 30 y 31 de la Resolución de la Sala.

Todos los pasos del análisis de razonabilidad exigen que las entidades públicas presenten distinta evidencia de que su decisión no fue arbitraria; que acrediten que existe un problema que afecta a un interés público, que la medida es idónea para solucionarla, que se evaluó opciones alternativas dentro de las cuales la escogida es la menos gravosa para los particulares y, finalmente, que los costos impuestos son menores que los beneficios al interés público.

Creo que el test de razonabilidad podría ser mejorado si se exigiera que la entidad pública demuestre que contaba con todo el sustento de la regulación antes de tomar la decisión de regular y si no se admitiera información obtenida con posterioridad a la adopción de la regulación. O en todo caso, esa evidencia posterior debería analizarse con mucha desconfianza y utilizando un estándar probatorio sumamente elevado.

La lógica de esto es que si la agencia administrativa no contaba con la información en la que se sustentó su decisión antes de tomarla, no puede alegar que fue una decisión racional. Toda decisión racional debe involucrar un análisis del problema, de las posibles soluciones y de cuáles son los costos y beneficios de las mismas. Si la entidad pública no demuestra que contaba con esa información antes de tomar la decisión, no se puede presumir que es una decisión racional. Más bien, se puede presumir que la decisión fue arbitraria, a ciegas, casi dejada al azar.

Por otro lado, contar con información previa sobre la necesidad de una política pública permite también garantizar los derechos de defensa y de petición de los administrados. Si ellos no conocen con anterioridad cuál es el fundamento de las regulaciones que limitan sus derechos, se les dificulta discutirlos en la vía administrativa

o judicial, así como fundamentar las peticiones que hagan sobre ellas a las entidades públicas.

Además, si las entidades públicas no cuentan con esa información, les será más complicado realizar su labor a los órganos de fiscalización del Estado y a los ciudadanos interesados en analizar y discutir las políticas públicas. Asimismo, a los órganos políticos les será más complicado analizar si la Administración realmente está poniendo en práctica sus encargos en la forma más apropiada.³⁴

Por estas razones es que en los EEUU la Ley de Procedimiento Administrativo exige a las agencias administrativas contar con un record público de todos los estudios, documentos y discusiones que sustentan una regulación. De no contar con él, la regulación es fácilmente invalidada en el Poder Judicial. En este país la lógica de admitir como sustento de una regulación información obtenida previamente a su emisión es ampliamente aceptada. No solo es reconocida por académicos³⁵, sino también por el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Congreso.

La Corte Suprema de los EEUU ha reconocido que las justificaciones *ex-post* de las regulaciones, en principio, no deben ser aceptadas por las Cortes. Y si lo son, debe exigirse evidencia sumamente contundente de que la regulación tiene una buena justificación. En el famoso caso *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*³⁶, la Corte Suprema de los EEUU señaló que una agencia pública no puede justificar su regulación con simples racionalizaciones *ex-post* de por qué adoptaron una determinada política pública.

Ese tipo de justificaciones vuelven a una norma arbitraria porque permiten presumir que se

34. Sobre cómo los procedimientos administrativos sirven como un mecanismo de control de la administración por parte de los órganos políticos puede verse MC CUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G. y WEINGAST, Barry R. *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*. En: *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 3, No. 2 (Otoño 1987), pp. 243-277.

35. Ver, MASHAW, Jerry L., MERRILL, Richard A. y SHANE, Peter M. *Administrative Law. The American Public Law System. Cases & Materials*. Fifth Edition. Thomson-West, pp. 509-510.

36. *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 1971.

tomó la decisión sin información, sin considerar otras posibles alternativas y sin certeza de que la regulación fuese realmente necesaria y viable. Además, impiden que los administrados ejerzan su derecho de defensa, pues al no existir una explicación previa de la racionalidad de la norma, no tienen como defenderse de su posible arbitrariedad. Esta línea también ha sido seguida en varios casos por la Corte de Apelaciones del Circuito de D.C., el tribunal más importante en materia de revisión judicial de actos administrativos en los EEUU.³⁷

El Congreso de los Estados Unidos también ha respondido a este problema. Durante la década de los 30 se incrementaron las críticas a varias tendencias de la Administración Pública norteamericana, entre ellas, actuar sin información adecuada y sobre la base de información parcial y prejuicios. Como una respuesta a esto y a la necesidad de tener un mayor control de la burocracia por parte del poder político, el Congreso aprobó en 1946 la *Administrative Procedure Act*, que entre otras cosas obliga a las agencias administrativas a realizar procedimientos formales de obtención y divulgación de la información en la que se fundamenta un proyecto de regulación.³⁸

Durante las siguientes décadas el Congreso emitió diversas normas con esta misma finalidad, siendo una de las más conocidas la *Regulatory Flexibility Act* de 1980. Según el mismo texto de la norma, esta ley estaba destinada —entre

otros propósitos— a lograr que las agencias federales consigan los objetivos que la ley establece de la manera más eficiente, sin imponer en el público cargas innecesarias. Entre ellas, regulaciones que crean barreras de entrada en diversas industrias y desincentivan a empresarios potenciales a introducir productos y procesos beneficiosos.³⁹

Esta norma exigía que para emitir una nueva regulación las entidades públicas desarrollen un *regulatory flexibility analysis* que, entre otras exigencias, describa las razones por las que se propone la regulación, quiénes serán afectados por la misma y en qué medida, qué otras opciones regulatorias existen y por qué se adopta esa regla y no otra. Asimismo, ordena que si no existe suficiente información para decidir cuál opción regulatoria adoptar, se señale eso explícitamente y se explique qué razones llevan a adoptar una determinada medida en esa situación de incertidumbre.⁴⁰

Bajo la misma lógica, en 1981 el presidente Reagan emitió la hoy famosa *Executive Order* 12291, con la finalidad de establecer requisitos que debían cumplir todas las entidades del Poder Ejecutivo para emitir regulaciones, a efectos de reducir su costo y reducir la arbitrariedad del gobierno. Uno de estos requisitos es, precisamente, que las decisiones administrativas deben fundamentarse en información adecuada, que analice la necesidad y consecuencias de la regulación.⁴¹

37. Ver, entre otros, *Automotive Parts & Accessories Association v. Boyd*, 132 U.S. App. D.C. 200, 407 F.2d 330, 1968; *National Tire Dealers & Retreaders Association Inc. v. Brinegar*, U.S. App. D.C., 491 F.2d 31, 1974; *Tabor v. Joint Board for Enrollment of Actuaries*, U.S. App. D.C., 566 F.2d 705, 1977; *Roadway v. United States Department of Agriculture*, U.S. App. D.C., 514 F.2d 809, 1975; y *Kennecott Cooper Corp. v. EPA*, 462 F.2d 846, 1972.

38. Sobre los motivos que llevaron a aprobar la *Administrative Procedure Act* puede verse MC CUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G. y WEINGAST, Barry R. *The Political Origins of the Administrative Procedure Act*. En: *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 15, No. 1, 1999, pp. 180-217.

39. Ver la parte (a), especialmente el numeral 5, de la sección *Congressional Findings and Declaration of Purpose* de la *Regulatory Flexibility Act*.

40. Para un detalle de cómo se deben cumplir todas las exigencias de esta norma en la práctica puede consultarse: Small Business Administration, "A guide for Government Agencies. How to Comply with the Regulatory Flexibility Act". SBA Office of Advocacy, Mayo 2003.

41. *Executive Order* 12291

Sec.2. *General Requirements: In promulgating new regulations, reviewing existing regulations, and developing legisla-*

Esta exigencia adicional que propongo no solo tiene la lógica que acabo de explicar. Además, supone tratar a la Administración igual que a los privados. A estos últimos la Ley de Represión de la Competencia Desleal les exige que cuenten con evidencia previa de la veracidad de cualquier información que ellos difundan mediante publicidad comercial e Indecopi los sanciona si incumplen con esta obligación. La lógica es que nadie puede afirmar que algo es verdad si antes no cuenta con pruebas de ello. Bajo el mismo principio, no se le debería permitir a la administración que afirme que una regulación es necesaria si antes de emitirla no cuenta con el sustento necesario.

V. POR QUÉ ES ESPECIALMENTE IMPORTANTE ESTE ANÁLISIS EN PERÚ

Una crítica común a las exigencias del análisis de razonabilidad por parte de algunos sectores de la administración pública peruana es que es muy difícil para agencias de pocos recursos y personal poco capacitado hacer este tipo de análisis.

No creo que este sea un buen argumento. Por el contrario, creo que eso debería llevarnos a ser más exigentes en el test. Primero, porque con menor capacidad de análisis la posibilidad de equivocarse e implementar una política que dañe más de lo que beneficia es mayor. Imagine-se lo siguiente. En la posta médica de una lejana provincia a usted lo atiende de emergencia un doctor claramente poco capacitado, proveniente de una universidad desconocida. ¿Va a confiar en él más que en su médico de cabecera, que estudió en una universidad de prestigio y que claramente sabe lo que hace? La respuesta es obvia. Por la misma razón deberíamos confiar

menos en una administración poco capacitada y de bajos recursos.

Por otro lado, es necesario aplicar el test de manera exigente en Perú porque entidades con pocos recursos deberían concentrarse en implementar políticas sencillas y claramente efectivas, y no aquellas que no van a poder administrar. Deberíamos exigir que la Administración pueda cubrir sus tareas más elementales como brindarnos seguridad de los delincuentes, por ejemplo, antes de encargarle tareas más complicadas como brindarnos seguridad frente a tóxicos, actividades industriales o el calentamiento global. Ya sea que luche contra delincuentes o contra tóxicos si la Administración hace bien su trabajo salvará vidas. Que concentre sus recursos en lo más fácil; por ejemplo, en perseguir los delincuentes de las calles.

Además, porque las entidades de pocos recursos suelen pertenecer a zonas donde los particulares también tienen pocos recursos, quienes son los más gravemente afectados por regulaciones arbitrarias, ya que su capacidad de asumir el costo regulatorio es menor. De hecho, se estima que las regulaciones que reducen la riqueza de las personas que forman parte del 20% más pobre de la población tienen el doble de impacto negativo en su expectativa de vida que en el 20% más rico⁴².

Si no exigimos a las agencias administrativas justificar la razonabilidad de sus regulaciones estamos jugando a la ruleta. Depende del azar si las regulaciones nos ayudan o nos dañan. Cuando se trata de decisiones privadas nadie en su sano juicio juega a la lotería con toda su propiedad, su salud o su libertad. Por la misma razón, cuando se trata de decisiones públicas en las que un tercero decide por nosotros, tampoco debería permitirse que jueguen con ellas.

five proposals concerning regulation, all agencies, to the extent permitted by law, shall adhere to the following requirements:

(a) Administrative decisions shall be based on adequate information concerning the need for and consequences of proposed government action.

(...)

42. SUNSTEIN, Cass. *The Paralyzing Principle*. En: *Regulation*, Invierno, 2002-2003, p. 35.