

Remedios que matan: Cómo evitar que la Regulación cree más problemas que los que soluciona

Enrique Pasquel Rodríguez*
Sofía Ugás Sobarzo**
Fiorella Zumaeta Castro***

SUMILLA

Las regulaciones son remedios para problemas públicos. Pero, como todo remedio, tienen efectos secundarios que pueden causar más problemas que los que solucionan. A veces, incluso, pueden ser remedios que matan. Este artículo explica cómo hoy el gobierno regula sin tener en cuenta los costos que genera. Como ejemplo, los autores analizan regulaciones de transporte que muestran que, en vez de salvar vidas y reducir el tránsito, el gobierno solo ha reducido la competencia y generado más problemas que los que ha resuelto. El artículo propone que se obligue a la administración pública a realizar un análisis de los costos y beneficios de todas sus regulaciones a través de un proceso público previo a la emisión de la regulación, para así asegurar la razonabilidad de sus decisiones y el combate de la corrupción.

1. Los costos ocultos de la Regulación

Cuando estamos enfermos tomamos remedios. Pero sabemos que hay que tener cuidado con las medicinas, porque pueden tener efectos secundarios que nos generen más problemas de salud que los que curan. Algunos remedios pueden, incluso, llegar a matarnos.

Con la regulación sucede algo parecido. Cada vez que hay un problema público, alguien pide una regulación para solucionarlo. Un remedio para la enfermedad, que puede traer beneficios, pero que implica costos que a veces pueden ser superiores. Lamentablemente, a diferencia de lo que sucede con las medicinas, es menos común que se tomen en cuenta los costos de la regulación, pues no suelen ser evidentes.

Este artículo explica la importancia de que la administración pública descubra los costos asociados a una regulación y los tenga en cuenta antes de regular. Empecemos viendo algunos

ejemplos de los costos ocultos de distintas políticas públicas.

- **Protección laboral a discapacitados:** para ayudar a los discapacitados en el trabajo, el gobierno de Estados Unidos promulgó una ley que volvía muy difícil para los empleadores despedirlos. Hoy existe evidencia de que el costo de esa ley fue que la contratación de personas discapacitadas se redujo de manera importante, pues los empleadores preferían no contratar a trabajadores que luego les fuera difícil despedir¹.
- **El hábitat del pájaro carpintero:** en Estados Unidos existen regulaciones que prohíben la tala de árboles en áreas donde vivan pájaros carpinteros con el fin de proteger el hábitat de esta especie. Esta regulación, no obstante, ha incentivado la tala discriminada de numerosas áreas privadas. La explicación es que los dueños de dichas áreas prefieren talar los

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Laws (LLM) por Yale Law School. Director de la Maestría en Regulación de la UPC. Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

** Abogada por la PUCP. Profesora de la Facultad de Derecho de la UPC. Abogada de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

*** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogada de la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI.

¹ Ver: Stephen J Dubner y Steven D. Levitt, "Unintended Consequences". En: The New York Times, 20 de enero de 2008.

árboles apenas notan que pájaros carpinteros empiezan a anidar en la zona, pues saben que una vez que las autoridades lo noten, el área se convertirá en intangible².

- **Conservación de las vicuñas:** para proteger la supervivencia de las vicuñas el gobierno peruano, desde la época de Simón Bolívar, ha emitido normas que restringen su propiedad y comercialización. La lógica siempre fue que si el Estado controlaba la comercialización no se produciría la sobreexplotación de la especie. La consecuencia inadvertida fue que al no existir dueños de vicuñas, nadie tenía incentivos para invertir en su cuidado y reproducción, ni para protegerlas de los cazadores furtivos, lo que puso a la especie en peligro de extinción³.
- **Seguridad automovilística:** existe una gran cantidad de regulación que busca reducir el número de accidentes de tránsito obligando a los fabricantes de automóviles a incluir en sus vehículos distintos aditamentos de seguridad como frenos ABS, cinturones de seguridad, *airbags*, entre otros. Pero existe evidencia de que esta regulación parece no haber sido exitosa para reducir las fatalidades en las pistas⁴. Aparentemente, cuando los conductores se sienten más seguros debido al nuevo equipamiento de seguridad del vehículo, están dispuestos a adoptar mayores riesgos al manejar. Si bien sus vidas están más protegidas, las de peatones y motociclistas no lo están, por lo que más vidas se salvan dentro del carro, pero más se pierden fuera. Así, estas regulaciones parecen servir poco y, más bien, elevan los precios de los automóviles y detraen recursos que podrían usarse para que la industria sea más competitiva.
- **Seguros obligatorios de tránsito:** estos seguros también parecen generar más problemas de los que solucionan por razones similares. Cohen y Dehejia encontraron evidencia de que se aumenta el número de víctimas de accidentes de tránsito cuando se obliga a los conductores a asegurar los daños a terceros. Aparentemente, los conductores

que no cuentan con seguro manejan con más cautela, pues saben que tendrán que asumir todos los costos de los daños que causen y, por eso, causan menos accidentes⁵.

- **Condomes y paracaídas:** En otras actividades, las personas también asumen mayores riesgos cuando se sienten más seguras. En varios países africanos, las campañas estatales y de la ONU de repartir gratuitamente preservativos tratando de prevenir el contagio de VIH no han sido exitosas. Al parecer, las personas que antes no tenían acceso a condones, empiezan a tener conductas sexuales más riesgosas una vez que tienen acceso a ellos, como por ejemplo aumentar el número de parejas sexuales⁶. Y parece que en el paracaidismo se aprecia el mismo fenómeno. A pesar de que los paracaídas se vuelven cada vez más seguros, el número de fatalidades en este deporte no se reduce. Todo hace pensar que los paracaidistas, al sentirse más seguros, tiran de la cuerda más tarde.
- **Medicamentos:** Desde 1962, en Estados Unidos se exige a los fabricantes de medicinas que demuestren ante la *Federal Drug Administration* que sus productos logran el efecto deseado antes de autorizar su comercialización. La razón es evitar que se vendan medicamentos que realmente no tengan los efectos curativos prometidos. Según Peltzman, los costos de esta regulación han sido mayores que sus beneficios. El costo más evidente es que durante el período de aprobación de las medicinas, muchas personas que no tienen acceso a ellas mueren, llegando a los miles por año. Antes de la aprobación de esta exigencia, no se afectaba a un gran número de consumidores, pues las medicinas que no resultaban ser efectivas desaparecían rápidamente del mercado⁷.
- **Consumo de petróleo y contaminación:** Para reducir el consumo de petróleo y la contaminación producida por los automóviles, en Estados Unidos se promulgaron una serie de regulaciones que obligaban a los

² Ibídem.

³ Ver: BAYLY, Andrés y PASQUEL, Enrique. "Privaticemos las vicuñas". En: Revista de Economía y Derecho, Vol. 3, N° 9, 2006.

⁴ Ver por ejemplo, PELTZMAN, Sam. "The effects of automobile safety regulation". En: Journal of Political Economy, 1975, Vol. 83, N° 4.

⁵ COHEN, Alma y DEHEJIA, Rajeev. "The effect of automobile insurance and accident liability laws on traffic fatalities". En: Journal of Law and Economics, Vol. XLVII, Octubre 2004.

⁶ Ver por ejemplo: GREEN, Edward C. Condoms, HIV-AIDS and Africa: The Pope was Right.

⁷ Ver: PELTZMAN, Sam. "Regulation and the Natural Progress of Opulence". En: <http://faculty.chicagobooth.edu/sam.peltzman/teaching/aei%20brookings0904.pdf>

fabricantes de automóviles a fabricar vehículos con un mejor rendimiento de combustible por galón⁸. Los costos escondidos de esta regulación fueron graves. Los fabricantes optaban por producir autos más pequeños que consumieran menos combustible, para no tener que aumentar sus precios; o, producir autos grandes pero más caros, pues necesitaban tener motores más eficientes. Por el mayor precio, los consumidores compraban menos carros nuevos (conservando sus autos viejos y contaminantes) o carros pequeños, que son más inseguros y originan la pérdida de miles de vidas al año en comparación con los autos grandes. En otras palabras, hay evidencia de que la regulación trajo más contaminación y la pérdida de más vidas⁹.

2. Cómo hacer que la lavada no salga más cara que la camisa

No es nuestra intención desarrollar en este artículo las distintas formas de realizar un análisis costo-beneficio o las alternativas a este tipo de análisis. Simplemente, queremos mostrar cómo los beneficios de una regulación pueden ser menores que sus costos; porqué la administración pública debería estar obligada a tenerlos en cuenta antes de regular; y, si pese a tales costos decide regular, porqué debería contar con una justificación previa antes de la implementación de la medida.

Veamos un ejemplo. En Estados Unidos el gobierno de Bush quiso cambiar la cantidad de arsénico que podía contener el agua, reduciendo la proporción a una quinta parte. Se estimaba que anualmente, el costo de este nuevo estándar sería de 200 millones de dólares y permitiría salvar seis vidas. ¿Tenía sentido asumir este costo?

Varios economistas han estimado cuántas vidas se pierden al año debido a la reducción del crecimiento económico, ya que a menor crecimiento, menor acceso a buena alimentación, salud, seguridad, etc., por lo que la expectativa de vida es menor. Lutter, Morrall y Viscusi han estimado que por cada 15 millones de dólares que los privados dejan de invertir, debido a los costos que la regulación impone, se pierde en promedio una vida anual a raíz de la reducción del crecimiento económico¹⁰. Tomando esa cifra como referencia,

el costo anual del nuevo estándar propuesto por Bush sería perder 13 vidas y el beneficio, salvar seis. De haberse considerado todos los costos que involucra la implementación de esta medida, evidentemente, no se habría implementado.

Si la administración pública no tiene la obligación de analizar los costos y beneficios de sus regulaciones, no hay manera de evitar que se aprueben normas que causen más problemas de los que solucionan. Por eso, como las regulaciones pueden traer más costos que beneficios, debería exigírsele a aquella que demuestre, antes de regular, que los primeros son menores que los segundos.

De hecho, podría presumirse que si la administración no contó con información o estudios previos que sustenten la nueva regulación, habría tomado una decisión arbitraria, pues lo opuesto a arbitrario es lo justificado y motivado. Así como a los jueces se les exige que expliquen las razones de sus decisiones por escrito para estar seguros de que no se trata de una arbitrariedad, a los funcionarios que regulan debería exigírseles que no limiten nuestras libertades si no cuentan con una buena justificación para ello.

La exigencia de este sustento no solo es una manera de evitar arbitrariedades y que las regulaciones cuesten más de lo que benefician. También es una forma de reducir la corrupción. Una importante razón por la que las empresas sobornan a los funcionarios públicos es para lograr que ellos emitan regulaciones que dificulten a sus competidores ingresar o permanecer en el mercado. Evidentemente, si los funcionarios públicos no tienen que explicar porqué regulan, es más fácil esconder este tipo de actos de corrupción. Si, por el contrario, tienen que dar una explicación coherente de su regulación, es más difícil y costoso esconder simples actos de corrupción para sacar del mercado a un grupo de empresas.

Además, exigir a la administración que sustente previamente los fundamentos de una determinada regulación garantiza los derechos de defensa y de petición de los administrados. Si los fundamentos de una norma no son transparentes y públicos, es difícil discutir las regulaciones en la vía administrativa o judicial, así como fundamentar las peticiones que hagan sobre ellas a las entidades públicas.

⁸ Estas regulaciones fueron cuestionadas en el caso *Competitive Enterprise Institute v. National Highway Traffic Safety Administration*

⁹ Ver: 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)

¹⁰ 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.

Por otro lado, si las entidades públicas no cuentan con esa información, será más complicada la fiscalización de este tipo de medidas por parte del Estado y de 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 apropiada¹¹.

Tal vez en los Estados Unidos es donde se ha desarrollado más esta obligación de la administración pública. Su ley de procedimiento administrativo exige a la administración contar con un *record* público de todos los estudios, documentos y discusiones que sustentan una regulación. Si este récord no existe o es insuficiente, la regulación es invalidada en el Poder Judicial. De hecho, justificaciones posteriores a la emisión de la regulación no son tomadas en cuenta por las cortes, como señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*.

El récord público se construye a través de procedimientos denominados “*rulemaking procedures*”. Con distintas variaciones, estos procedimientos involucran la pre-publicación de la regulación que se quiere promulgar y su sustento técnico, que debe incluir información científica, económica, opiniones de expertos, de la industria regulada, entre otros. Se otorga un plazo a los interesados para que envíen opiniones, cuestionen la evidencia de la administración y ofrezcan evidencia nueva. Este plazo varía generalmente entre 30 y 180 días y, durante él, la agencia puede realizar audiencias públicas para discutir la evidencia. Finalmente, cuando se promulga la regulación, se tiene que emitir un documento que desarrolle los fundamentos de la misma que esté sustentado en la evidencia recogida y que explique cualquier modificación a la propuesta de regla que fue pre-publicada.

Este tipo de obligaciones debería imponerse legalmente a las entidades administrativas en nuestro país. INDECOPI, a través de la jurisprudencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, ha logrado imponer a las agencias públicas la obligación de demostrar que han evaluado la razonabilidad de

sus medidas¹². Pero sería importante que esta fuese una exigencia generalizada, establecida en la ley y que incluya un procedimiento similar al que existe en Estados Unidos.

A continuación analizaremos una serie de casos en materia de transportes que demuestran los extremos a los que llega la administración pública por tener la libertad que hoy tiene para regular sin justificaciones.

3. Cómo regula una Administración que no tiene que sustentar sus regulaciones: ejemplos de la jurisprudencia de INDECOPI en materia de Transporte

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas exige a las entidades de la administración pública que acrediten que sus medidas son idóneas, que buscan un interés público legítimo, que son proporcionales y que son las menos gravosas para proteger el interés público. Si bien es valiosa la labor de INDECOPI, sus posibilidades de realizar esta evaluación son limitadas y se vuelve una tarea especulativa, pues las entidades públicas no tienen la obligación expresa de contar con un sustento previo de sus regulaciones. Por ello, INDECOPI y los privados que denuncian la irrazonabilidad de una regulación tienen dificultad en discutir sus fundamentos y a la administración le suele ser difícil defenderlas.

En materia de transportes se presenta un caso particular, pues la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre exige que toda variación o nueva regulación impuesta a los particulares se encuentre debidamente justificada¹³. Pese a esta obligación, como se verá en la jurisprudencia que se comentará en el presente artículo, la administración pública sigue regulando sin tomar en cuenta los costos que generan sus decisiones.

A continuación describimos una serie de regulaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) que han sido cuestionadas repetidas veces ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas para probar nuestro punto. La razón por la que nos centramos en regulaciones de transportes del MTC es porque muestran cómo las

¹¹ 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, N° 2 (otoño 1987), pp. 243-277.

¹² Al respecto puede verse: PASQUEL, Enrique. “Timba regulatoria. Porqué es importante el análisis de razonabilidad de las regulaciones”. Artículo por publicar en la revista “*Advocatus*”.

¹³ Ver artículo 5° de la Ley N° 27181.

acciones más importantes de una agencia que trata de resolver temas tan importantes como seguridad y congestión vial llegan a ser tan discutibles, pues la agencia nunca analizó sus costos y beneficios.

3.1. Los terminales terrestres

De acuerdo con el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, para que una empresa pueda prestar el servicio de transporte regular de personas en la red vial nacional, debe alquilar o ser propietario de terminales terrestres y/o estaciones de ruta en su origen, destino y en cada parada autorizada¹⁴.

Las características específicas de estos terminales no han sido determinadas, pues de acuerdo con el reglamento, estas deben ser establecidas a través de un Decreto Supremo aprobado por el MTC¹⁵, el cual hasta la fecha no ha sido publicado. Lo único que indica el reglamento es que los terminales deben brindar seguridad y calidad al usuario, permitiendo que los vehículos puedan girar y maniobrar internamente, contar con puertas de ingreso y salidas independientes, así como instalaciones y equipamiento para las operaciones a que está destinado, y no deben generar impactos negativos en el tránsito, la circulación de personas o de los vehículos en el lugar en que se encuentren ubicados¹⁶. Pero normas anteriores sí establecían las características que deberían tener los terminales terrestres, por lo que es esperable que la normativa actual siga esta línea. Según tales normas, los terminales debían contar con instalaciones adecuadas para el desplazamiento de los usuarios dentro del terminal, áreas de espera del embarque y desembarque de pasajeros y equipajes, zonas para la atención de clientes, sistemas de comunicaciones, áreas de estacionamientos para los vehículos de los usuarios y para el servicio de taxi, servicios sanitarios y cafetería, entre otros¹⁷.

Las estaciones de ruta, por su parte, deben cumplir con las mismas condiciones técnicas establecidas para los terminales terrestres en lo que fuera

aplicable, contando como mínimo con áreas para la atención de los usuarios, el embarque y desembarque de pasajeros y servicios higiénicos.

Según el MTC, esta obligación tiene por objeto que el embarque y desembarque de pasajeros se realice en lugares autorizados y no en la vía pública a fin de garantizar la seguridad de los pasajeros, evitar la congestión vehicular y prestar un servicio de calidad a los ciudadanos.

El MTC, sin embargo, no realizó un estudio que justifique esta regulación y no advirtió muchos de los problemas que supone. Por ejemplo, el MTC no tomó en cuenta que en el año 2009, solo existían 115 terminales terrestres autorizados en el país, encontrándose 55 de ellos en Lima. Si bien teóricamente los transportistas podían alquilar este tipo de infraestructura, en la práctica no era posible, debido al número reducido de terminales terrestres y/o estaciones de ruta construidos en el país. En consecuencia, para cumplir con la obligación impuesta y prestar el servicio de transporte de personas, los transportistas debían necesariamente construir este tipo de infraestructura en cada una de sus paradas autorizadas.

El MTC tampoco consideró que en muchos sitios no son útiles los terminales terrestres. Por ejemplo, en pueblos pequeños donde no existe un problema de congestión vehicular, o donde por el poco o nulo tráfico prácticamente no hay accidentes.

De hecho, la obligación de contar con terminales terrestres en cada localidad en la que estacionen los buses puede significar que varias localidades sean desatendidas. A menudo las empresas de transporte que viajan de una ciudad a otra cruzan por distintos poblados menores que no tienen una gran demanda de transporte. Estando en el camino, a las empresas no les cuesta nada parar y recoger unos cuantos pasajeros¹⁸. Sin embargo, si se les obliga a construir un terminal en cada punto, no les saldrá a cuenta atender dichos pequeños poblados, que, dicho sea de paso, a menudo no enfrentan ni siquiera

¹⁴ Decreto Supremo N° 017-2009-MTC. Reglamento Nacional de Administración de Transportes, Capítulo III Infraestructura Complementaria de Transporte. Artículo 33°.- Consideraciones Generales.- (...)

Artículo 33.4.- Los transportistas autorizados para prestar servicio de transporte regular deben acreditar ser titulares o tener suscritos contratos vigentes para usar y usufructuar terminales terrestres o estaciones de ruta habilitados en el origen y en el destino de cada una de sus rutas; así como estaciones de ruta en las escalas comerciales. Los transportistas autorizados están obligados a hacer uso de la infraestructura que hayan acreditado, para la prestación de sus servicios, salvo caso fortuito o fuerza mayor (...).

¹⁵ Ver artículo 36.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes.

¹⁶ Ver artículos 33.6 y 35.2 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes.

¹⁷ Los requisitos técnicos de los terminales terrestres y las estaciones de ruta se encontraban regulados en el artículo 76° del Decreto Supremo N° 040-2001-MTC y en los artículos 151° y 154° del Decreto Supremo N° 009-2004-MTC.

¹⁸ Siempre y cuando la empresa de transportes cuente con una autorización para efectuar tales paradas dentro de su ruta.

problemas de congestión vehicular o accidentes de tránsito por lo que no necesitan de un terminal. La situación llega a ser tan absurda que se exige contar con terminales con cafetería y estacionamientos en poblados donde probablemente no se presenten estos servicios en el mismo pueblo.

En consecuencia, esta regulación puede llevar a que los pobladores de las zonas más pobres del país se vean desprovistos de transporte y se les condene a movilizarse a pie, en animales o usando transporte informal.

Incluso si a la empresa le saliera a cuenta construir un terminal, existen costos involucrados que el MTC debió tener en cuenta. Por ejemplo, que los consumidores del servicio terminarían pagando el costo de la regulación, pues la empresa trasladará los costos en el precio de los pasajes. Nuevamente, quienes se verán más perjudicados son los pobladores de los pequeños pueblos en el interior del país quienes pese a contar con escasos recursos, tendrán que pagar más por tener un terminal terrestre con cafetería, cuando este servicio adicional que supuestamente garantiza la “calidad” del servicio no les resulta relevante. Peor aún, existirán pobladores que no podrán acceder a este tipo de servicio dado el incremento en el precio.

¿Qué implica no acceder al servicio de transporte? Muchas personas suelen vincular el transporte con un servicio secundario que brinda a las personas mayores comodidades. Sin embargo, este servicio es más básico que muchos otros que pueden venirnos a la mente. Sin transporte no hay salud, educación y una adecuada calidad de vida.

Los pequeños pueblos suelen tener, a lo mucho, una posta con los medicamentos básicos. Si los pobladores sufren algún accidente o padecen una enfermedad de alto riesgo les será más difícil recibir los cuidados necesarios si se restringe su acceso al transporte, pues los hospitales que cuentan con los

equipos requeridos se encuentran ubicados en las capitales de las provincias.

En el plano profesional sucede algo similar, las universidades y muchos puestos de trabajo se encuentran situados en las capitales de provincia. Sin transporte, los habitantes de zonas alejadas no podrán acceder a una adecuada educación ni a un mejor empleo, factores que repercuten en una mejor calidad de vida.

Finalmente, algunas empresas que enfrentan esta regulación preferirán seguir prestando el servicio, pero en el sector informal. Esto significa que lo prestarán fuera de todo tipo de supervisión y sin que nadie verifique que cumplen con estándares básicos de seguridad.

Si el gobierno va a emitir una regulación como esta debería tener la obligación de evaluar todos estos potenciales costos y de dar una explicación y demostrar porqué, a pesar de ellos, los beneficios de la regulación son mayores que sus costos.

3.2 El patrimonio mínimo¹⁹

El Reglamento Nacional de Administración de Transportes exige a las empresas que brinden el servicio de transporte a escala nacional contar con un patrimonio neto de, al menos, alrededor de un millón de dólares para brindar servicios de transporte interprovincial de personas²⁰. Según el MTC, esta regla busca reducir el alto número de accidentes de tránsito. En un procedimiento ante INDECOPI el MTC sostuvo que las empresas grandes garantizan la seguridad en la prestación de servicios, por lo que solo estas deberían quedar en el mercado.

Esta presunción del MTC es discutible. Ser una empresa con muchos recursos no significa ser responsable. La decisión de una empresa de transportes de invertir en seguridad depende

¹⁹ Esta política pública fue denunciada ante el INDECOPI como una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad. La Comisión declaró fundada la denuncia y en segunda instancia la Sala precisó que tal exigencia era ilegal, porque había establecido una nueva condición en el mercado sin haber justificado debidamente este cambio de reglas, contraviniendo el artículo 51 de la Ley de Transportes.

²⁰ Decreto Supremo N° 017-2009-MTC. Reglamento Nacional de Administración de Transportes, Artículo 38°.- Condiciones legales específicas que debe cumplir para acceder y permanecer en la prestación del servicio de transporte de personas en todos los ámbitos y para el transporte mixto.

38.1 Las condiciones legales específicas que se debe cumplir para acceder y permanecer en la prestación del servicio de transporte regular y especial de personas son:

(...)

38.1.5 Contar con el patrimonio neto mínimo requerido para acceder y permanecer en el servicio de transporte público de personas, el mismo que queda fijado en:

38.1.5.1 Para el servicio de transporte público regular de personas ámbito nacional:

- Mil (1,000) Unidades Impositivas Tributarias para el servicio de transporte de ámbito nacional.

(...)

de cuánto desean ese valor los consumidores; cuánto puede afectar su reputación que una de sus unidades sufra un accidente o cuán bien puede funcionar el sistema de responsabilidad civil haciendo que asuma los daños que genera a terceros. En todo caso, si los funcionarios del MTC -como cualquier funcionario público- consideran que una regulación tiene beneficios, deberían tener la obligación de demostrarlos y de brindar evidencia de que son mayores que sus costos.

Por ejemplo, sería deseable que el MTC evalúe las consecuencias de la reducción de la competencia que se genera al imponer una barrera tan alta de acceso al mercado. Entre otros problemas, la falta de presión competitiva puede generar desincentivos para que los transportistas inviertan en la seguridad de sus flotas. A diferencia de lo deseado por el MTC, la regulación podría generar un mercado menos competitivo y más inseguro.

Los reguladores también deberían demostrar que podrán asumir los gastos en los que deberán incurrir para fiscalizar el cumplimiento de sus regulaciones. En este caso, por ejemplo, es muy difícil controlar que los privados cumplan con la obligación impuesta en el transcurso del tiempo. El patrimonio neto de una empresa es el resultado de la diferencia entre sus activos y pasivos. Es la foto del momento. Si el MTC exige a las empresas que

cuenten con un patrimonio mínimo, tendrá que fiscalizarlas constantemente, pues en cuestión de tiempo podrían ya no cumplir con este requisito.

Finalmente, al encarecer la prestación del servicio de transporte, esta regulación puede terminar teniendo varios de los costos descritos para el caso de la obligación de contar con terminales terrestres. Existiendo tantos costos potenciales y beneficios discutibles, el MTC debería tener la obligación de justificar su regulación para no crear más problemas de los que resuelve.

3.3. El estudio de Factibilidad²¹

Otra regulación establecida por el MTC es la exigencia de presentar un estudio de factibilidad de mercado, financiero y de gestión para prestar el servicio de transporte interprovincial. De acuerdo con el reglamento de transportes, este estudio debe contener: 1) Un análisis de mercado que muestre un perfil de la ruta que se pretende cubrir, esto es, que refleje la oferta existente, la proyección de ésta a futuro y una comparación entre los servicios que ofrecería la empresa entrante con las ya existentes. 2) Un análisis de gestión que muestre la estructura organizativa de la empresa entrante así como su estrategia de comercialización y ventas. 3) Un análisis financiero que proyecte la rentabilidad de la empresa²². Según el reglamento, la finalidad

²¹ Esta política pública fue denunciada ante INDECOPI como una barrera burocrática ilegal y carente de razonabilidad. La Comisión declaró fundada la denuncia y en segunda instancia la Sala precisó que tal exigencia era ilegal porque había establecido una nueva condición en el mercado sin haber justificado debidamente este cambio de reglas, contraviniendo el artículo 5° de la Ley de Transportes.

²² Decreto Supremo N° 017-2009-MTC. Reglamento Nacional de Administración de Transporte, Artículo 39°.- Condiciones legales específicas adicionales que se debe cumplir para acceder y permanecer en el servicio de transporte público regular de personas de ámbito nacional con origen y/o destino a la provincia de Lima Metropolitana y a la provincia constitucional del Callao.

39.1 Además de lo señalado en los numerales anteriores, la presentación de un estudio de factibilidad de mercado, financiero y de gestión constituye condición legal específica adicional, que se debe cumplir para acceder a prestar servicio de transporte público regular de personas de ámbito nacional, en rutas que tengan como origen y/o destino a la provincia de Lima Metropolitana y/o a la provincia constitucional del Callao, empleando total o parcialmente el Eje Longitudinal PE-1, incluyendo sus variantes y ramales, y/o el Eje Transversal PE-22, incluyendo sus variantes y ramales.

El estudio señalado en el párrafo precedente debe demostrar la viabilidad de la operación y, por tanto, el informe que lo represente debe contener como mínimo lo siguiente:

39.1.1 Resumen ejecutivo, señalando los principales aspectos del estudio de mercado, financiero y de gestión.

39.1.2 Análisis del mercado:

39.1.2.1 Panorama general del sector transporte de personas y un análisis socio-económico general de los centros poblados a los que se pretende servir.

39.1.2.2 Perfil del mercado actual en la ruta, demanda de viaje versus oferta de servicios, público objetivo al que se proyecta orientar el servicio y porcentaje que se estima captar de la demanda de viaje.

39.1.2.3 Identificación de los transportistas que actualmente operan en la ruta y un análisis comparativo de los tipos de servicios y condiciones (tarifas, horarios, seguridad, atención, comodidades adicionales etc.) que ofrecería el transportista en relación a lo que ellos ofrecen.

39.1.2.4 Análisis del mercado futuro, estimación del mismo y proyección de la participación de la empresa.

39.1.3 Análisis de gestión:

39.1.3.1 Planeamiento estratégico, presentando los antecedentes de la empresa y de sus socios o accionistas, la filosofía corporativa. La visión y misión del transportista, los objetivos y la estrategia general de comercialización y ventas.

39.1.3.2 Organización interna, que comprenda el sistema de gobierno corporativo, la estructura organizativa y administrativa y los sistemas de seguimiento y control interno en las áreas de operaciones, mantenimiento y prevención de riesgos.

39.1.3.3 Política de administración de riesgos expresados en el Manual General de Operaciones, revelando los aspectos relacionados con la seguridad en el servicio y las políticas y procedimientos generales respecto a las operaciones y servicios que se prestarán.

de este estudio es demostrar la viabilidad de la entrada en el mercado y busca eliminar una sobreoferta en el sector.

Si bien es cierto que en Lima y Callao varias rutas se encuentran saturadas, es muy discutible que la manera correcta de solucionar este problema sea pedir a las empresas de transporte que demuestren todo lo que se ha señalado. Por ejemplo, la norma exige que se le explique al MTC cuál es el planeamiento estratégico de la empresa, cuál es su historial y el de sus accionistas, su misión, su visión, su estrategia de ventas, sus proyecciones financieras, entre otras cosas. Nada de esto tiene relación con la saturación de las rutas de transporte.

Incluso pedirle a una empresa que demuestre que existe demanda suficiente para ella es absurdo si con eso se busca evitar la saturación vial, pues lo que se debería demostrar es que la vía que se quiere usar no se encuentra saturada. Y, en todo caso, debería crearse un sistema que, al encontrarse saturada una vía, permita que nuevos competidores más eficientes reemplacen a los menos eficientes, como un sistema de licencias transferibles o cobrar a los transportistas por el uso de las vías.

Además, ¿según qué criterios va a evaluar el MTC si el plan de negocios de una determinada empresa justifica su ingreso al mercado? En la práctica, esto equivale a que los funcionarios públicos determinen a su absoluta discreción quién puede ejercer su derecho constitucional a la libre empresa y quién no.

Este tipo de reglas tan discutibles son comunes en el Perú y es fácil aprobarlas, porque las agencias públicas no tienen obligación expresa de sustentar sus normas ni de discutir las abiertamente antes de aprobarlas.

4. Conclusión: la reforma pendiente del derecho administrativo

La regulación busca solucionar problemas; sin embargo, toda regulación necesariamente impone costos. Si el Estado no toma en cuenta estos costos, podría terminar ocasionando mayores problemas que los que pretende solucionar con la política pública propuesta.

Este artículo busca demostrar la necesidad de implementar una ley que exija expresamente a las entidades públicas que evalúen los costos asociados a sus regulaciones, para así evitar decisiones arbitrarias que a la larga perjudican a los ciudadanos. Esta ley, además, debería establecer un estándar elevado de cómo deben evaluarse los costos y beneficios, pues, si no, se corre el riesgo de que las agencias públicas hagan lo mismo que hoy hacen los congresistas con los proyectos de ley, que en una línea declaran que la norma traería muchos beneficios y ningún costo.

Para evitar este tipo de perjuicios, debería adoptarse un sistema a través del cual las entidades del Estado dejen constancia de haber realizado un estudio acerca de la proporcionalidad de la medida de manera previa a su implementación. Así, la entidad debería demostrar que su regulación es idónea para proteger un interés público legítimo, que la misma genera más beneficios de los costos que impone; y, que constituye la opción menos gravosa entre otras para solucionar el problema.

Las agencias administrativas, además, deberían hacer pública esta información y la propuesta regulatoria antes de implementarla. Los particulares deberían poder hacer comentarios y la agencia pública debería tener la obligación de escucharlos y responderlos, por lo menos, de manera general. Finalmente, toda regulación debería promulgarse con una exposición de porqué se varió la propuesta

39.1.4 Análisis Financiero.

39.1.4.1 Patrimonio mínimo exigido por este Reglamento y su composición.

39.1.4.2 Presupuesto de inversión y estructura de financiamiento.

39.1.4.3 Información sobre las fuentes de financiamiento (características, condiciones y nivel de endeudamiento), y de ser el caso vinculación con la empresa de dichas fuentes.

39.1.4.4 Proyecciones financieras, del balance general, estado de ganancias y pérdidas y del flujo de caja.

39.1.4.5 Criterios para la evaluación de la rentabilidad del servicio a prestar y del retorno de la inversión.

39.1.4.6 Análisis de sensibilidad considerando por lo menos tres escenarios.

39.1.4.7 Análisis de punto de equilibrio.

39.2 La descripción del Eje Longitudinal PE-1 y del Eje Transversal PE-22 de la Red Vial es el que aparece en el Clasificador Vial del Sistema Nacional de Carreteras y el RNJV.

39.3 Por Resolución Ministerial, se podrán incluir otros Ejes Transversales que empalmen con el Eje Longitudinal PE-1 y con el eje transversal PE-22 de la Red Vial.

inicial y cuál es la evidencia que sustenta sus costos y beneficios.

Asimismo, debería establecerse que en un proceso contencioso administrativo o en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ante INDECOPI, no contar con el estudio de costo-beneficio, que este no sea coherente o no haber seguido un procedimiento público de aprobación, lleve a invalidar la norma. Esta consecuencia es necesaria para evitar que se tomen decisiones arbitrarias, para facilitar la fiscalización de estas regulaciones y, para reducir la posibilidad de corrupción. Además, hay muchos temas regulatorios técnicamente complejos donde a un juez o los privados afectados les es muy difícil evaluar la conveniencia de una regulación, por lo

que por lo menos debería permitirse que discutan si la decisión fue adoptada mediante un proceso público, transparente y razonado.

Hoy, lamentablemente, la administración pública no tiene ninguna de estas obligaciones. Tiene carta blanca para regular sin la necesidad de evaluar las consecuencias de sus actos o justificar públicamente sus decisiones. Por eso tenemos normas sobre medicamentos que dejan morir más gente que la que salvan; normas sobre tránsito que generan más accidentes que los que evitan; normas de protección de especies animales que las llevan a su extinción o normas de protección a los trabajadores que los dejan sin empleo. La regulación sin límites es un remedio que, silenciosamente, mata.