

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 cuestionamientos¹.

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 indeseados².

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 países³. Esta metodología incluye varias etapas de análisis recomendadas, las mismas que se explican a continuación⁴.

“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 finales⁵; 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 assessment: 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 *lus 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 *lus Imperium*. Inclusive, se señala que la regulación tradicional en ejercicio del *lus*

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 *lus 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 *lus 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 mercado⁶.

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 *lus 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.

imperfecta (con las ineficiencias o distorsiones que puede ocasionar).

Finalmente, para efectos de la identificación y selección de las opciones regulatorias disponibles debe considerarse criterios de necesidad (si los mecanismos de mercado no son suficientes y se requiere la intervención estatal), proporcionalidad (que la intervención estatal sea proporcionada con los fines perseguidos) y mínima intervención (que la intervención regulatoria no restrinja más allá de lo necesario la iniciativa privada)⁷.

1.4. Valorización y Comparación de Opciones Regulatorias

Esta es la principal etapa del AIR, pues en ella se debe valorizar y comparar la conveniencia de las distintas opciones regulatorias identificadas previamente. Para este fin se requiere estimar los costos que implicaría adoptar cada una de dichas opciones y, dependiendo de la metodología de valoración que se utilice, estimar también los beneficios esperados con la intervención reguladora (es decir los beneficios de dar solución al problema inicialmente identificado), a fin de comparar luego los costos de las distintas opciones y, de ser el caso, tales costos con los beneficios que se espera obtener.

Los costos que deben considerarse pueden ser muy variados dependiendo del tipo de problema a solucionar y de la medida regulatoria bajo evaluación⁸. Sin perjuicio de ello, por lo general se consideran: (i) los costos de cumplimiento de la medida regulatoria por parte de los individuos, empresas y entidades obligadas; (ii) los costos directos para las autoridades que deben garantizar el cumplimiento de la norma y para el estado en conjunto; y (iii) los costos indirectos para la economía en general.

Los costos de cumplimiento son los costos administrativos y de tramitación que se requieren para atender las obligaciones creadas con la medida regulatoria (por ejemplo si exigen obtener determinados permisos o autorizaciones, pasar determinadas inspecciones periódicas, remitir informes de manera eventual o periódica, etc.). Asimismo, también incluyen los costos de capital (como la inversión en equipos, maquinaria, terrenos, etc.) y otros costos vinculados con la operación misma de la empresa regulada (como sería la contratación de determinado tipo de personal especializado, la adquisición de insumos específicos, entre otros).

Cuando se valorizan estos costos es importante identificar si la medida afecta a todos los operadores de una industria y, de ser así, si los afecta a todos por igual. Además, también importará si debe incurrirse en los costos de cumplimiento una sola vez o si son recurrentes. Igualmente, debe considerarse si dichos costos pueden colocar a algunas empresas en desventaja frente a otras, por ejemplo a las pequeñas empresas frente a las más grandes, o a las nacionales frente a las extranjeras.

Los costos directos para las autoridades y el estado en conjunto están constituidos por los recursos necesarios para hacer cumplir la regulación a ser introducida. Por ejemplo, debe considerarse si es necesario contratar a nuevo personal fiscalizador o si deben adquirirse equipamientos o sistemas especiales para las labores de monitoreo y control, así como si se requieren implementar nuevas sedes desconcentradas para atender reclamos o dirigir las políticas regulatorias en otras zonas. De igual modo, también hay que incluir costos asociados con bienes consumibles cuya demanda se incrementa con mayor trabajo relacionado con la nueva medida regulatoria (electricidad, comunicaciones, papel, etc.). Inclusive puede ser necesario considerar los costos de coordinación y consenso entre autoridades si fueran varias las que deben ponerse de acuerdo y actuar de modo consistente para lograr el cabal cumplimiento de la medida regulatoria prevista.

En esta evaluación hay que tener en cuenta que tan grande es el grupo de agentes cuyo cumplimiento se debe supervisar y qué tan necesaria será la supervisión. Para ello habrá que analizar cuál es el grado de cumplimiento voluntario o de resistencia que podría esperarse, cuál es la necesidad de monitoreo (si basta con un pedido de información sobre el cumplimiento o si es necesario hacer una inspección o inspecciones periódicas), y la medida de incumplimientos que podrían darse. También hay que identificar qué entidades del Estado están involucradas en garantizar el cumplimiento.

Los costos indirectos para la economía en general se relacionan con efectos a mediano o largo plazo que pueden verificarse en otros agentes o el conjunto de la sociedad. Así, por ejemplo, si la medida regulatoria impone mayores costos a unas empresas competidoras frente a otras, la restricción de la competencia que pueda generarse como consecuencia de ello tendría efectos negativos para los clientes de esas empresas pues podrían ver reducidas sus opciones de compra. De modo similar, si la medida regulatoria ofrece incentivos tributarios a determinados agentes, ello puede significar menor recaudación para el erario público y, por ende, menores recursos en el presupuesto del estado. Dentro de este grupo de costos también podría incluirse el impacto de la medida regulatoria sobre el crecimiento de la economía o, en términos más amplios, sobre el nivel de bienestar de la sociedad.

En lo que respecta a los beneficios, se deben tomar en cuenta aquellos de corto y largo plazo, directos e indirectos, y monetarios o no monetarios. Primero se debe considerar los beneficios que obtendrán directamente aquellos que serán protegidos o lograrán un derecho o una prerrogativa a través de la norma que se introducirá. Por ejemplo, si una norma otorga incentivos tributarios a las agencias de turismo con la finalidad de promover mayor dinamismo en esa actividad, se tiene que considerar los beneficios económicos que obtendrán las agencias de turismo. También se debe incluir los beneficios de quienes

7 Betancor. Op. Cit., pp. 274-275. Comunidad Europea. Op. Cit., pp. 29-31.

8 La siguiente explicación sobre los tipos de costo que se consideran en la evaluación se ha tomado de: OECD-SIGMA. Improving policy instruments through impact assessment; Sigma Paper 312001 (2001), pp. 22-26.

indirectamente obtendrán ventajas con la introducción de las normas. Tal sería el caso de las distintas actividades que verían incrementada su demanda como consecuencia del crecimiento del turismo en el país (como los servicios hoteleros o de expendio de comida). Finalmente, se debe incluir las ventajas que puede lograr la sociedad en conjunto. En el ejemplo que se viene comentando, se podría considerar como beneficio el crecimiento de la economía a través de la mejora en todas las actividades antes señaladas.

La valorización de estos beneficios puede ser fácil, o cuando menos viable, si se trata de bienes que tienen un valor de mercado o pueden ser tasados a través de referentes de mercado. Por ejemplo, si se trata de normas que reconocen derechos de propiedad o fijan un determinado nivel de tarifas. Sin embargo, dicha valorización puede ser sumamente complicada cuando se trata de bienes que no tienen valor de mercado y que además pueden ser valorados de manera muy disímil por distintos grupos de la población. Piénsese por ejemplo en normas sobre seguridad en las autopistas o límites de emisiones contaminantes, y cuál sería el valor económico o monetario que podría darse a la mayor seguridad en las calles o a un medioambiente más limpio. Adicionalmente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que dar un valor económico o monetario a beneficios que se obtendrían en el largo plazo puede resultar aún mucho más complejo.

Para llevar a cabo la valorización antes señalada se pueden utilizar distintas metodologías. A continuación se describen algunas que han sido utilizadas y que actualmente son las que mayormente se aplican.

a) Análisis Costo-Beneficio

La metodología más completa para valorizar las opciones regulatorias es el análisis costo-beneficio ("cost-benefit analysis"), pues no sólo considera los costos de cada opción sino también el beneficio esperado, estimados en términos económicos e incluso monetarios para que luego puedan compararse. El análisis costo-beneficio (ACB) exige hacer una evaluación rigurosa de los costos de cada medida regulatoria para compararlos con el beneficio esperado, a fin de seleccionar aquella alternativa que previsiblemente arrojará el máximo beneficio neto⁹. Es decir, a través del ACB se busca escoger aquella opción regulatoria que ofrezca beneficios potenciales para la sociedad que superen en mayor medida sus costos potenciales¹⁰.

La aplicación más meticulosa y drástica del ACB se dio con la Executive Order 12291 dictada en Estados Unidos en 1981, como parte del programa de "alivio regulatorio" ("regulatory relief") de la administración del presidente Reagan, que estaba dirigido a reducir notoriamente

las cargas que debían asumir las empresas como consecuencia de la regulación. Según esa norma, las propuestas regulatorias sólo serían admitidas y entrarían en vigor si se demostraba que sus beneficios económicos excedían sus costos¹¹. Así, en Estados Unidos el AIR no constituía una herramienta para adoptar decisiones de creación normativa suficientemente informadas y racionales, sino que era un filtro necesario y muy exigente para la aprobación de las normas, basado en una evaluación netamente económica y en particular monetaria. Si no se podía demostrar que los beneficios de la medida regulatoria superaban sus costos (ambos valorizados en dinero), tal medida quedaba descartada.

"El análisis costo-beneficio exige hacer una evaluación rigurosa de los costos de cada medida regulatoria para compararlos con el beneficio esperado, a fin de seleccionar aquella alternativa que previsiblemente arrojará el máximo beneficio neto".

Las dificultades para llevar a cabo un ACB así de exigente se hicieron notar desde distintos puntos de vista.

En primer lugar, la información para definir y cuantificar en términos monetarios los costos y beneficios de una medida regulatoria es difícil de encontrar o muchas veces no existe¹². Si la información existe, puede no ser confiable ya que las partes afectadas por una opción regulatoria (aquellas que asumirían sus costos) pueden presentar información que sobreestime los costos, con la finalidad de truncar la elección de esa alternativa¹³. Lo anterior se complica más cuando no se puede verificar la certeza de los datos proporcionados por terceros, porque no se cuenta con información de otras fuentes para confrontar los resultados¹⁴. Adicionalmente, el problema puede ser inverso, cuando se cuenta con mucha información con variedad de opiniones contrapuestas entre las que se debe escoger para definir el contenido específico de la regulación, como sucede por ejemplo en temas de protección de la salud o medioambientales donde diversos académicos y expertos manifiestan preferencias regulatorias opuestas¹⁵.

En segundo lugar, como ya se ha señalado, valorizar bienes como la salud o la vida humana y beneficios como un medioambiente más limpio es sumamente complejo. Las entidades reguladoras utilizan métodos económicos para tratar de aproximar un valor monetario a ese tipo de bienes o beneficios (como el criterio de disponibilidad de pago de cada grupo afectado por las

9 Froud, J. y Ogus, A. 'Rational' social regulation and compliance cost assessment; en: *Public Administration* 74, (Summer 1996), p. 222.

10 Brynner, Gary. *Bureaucratic discretion: Law and policy in federal regulatory agencies* (Gran Bretaña, Pergamon Press, 1987), p. 48.

11 Baldwin, R. y Veljanovski, C. *Regulation by cost-benefit analysis*; en: *Public Administration* 62 (Spring 1984), p. 51.

12 Brynner, Gary. Op. Cit., p. 59. McGarity, Thomas. *Reinventing rationality: The role of regulatory analysis in the federal bureaucracy* (Cambridge, Cambridge University Press, 1991), pp. 126-127.

13 Brynner. Op. Cit., p. 59. Froud y Ogus. Op. Cit., p. 231.

14 McGarity. Op. Cit., p. 127.

15 Brynner. Op. Cit., pp. 49-52.

opciones regulatorias), pero tales métodos sólo logran capturar imperfectamente su verdadero valor¹⁶. Incluso arrojan valoraciones muy disímiles, siendo un ejemplo de ello que la agencia de protección del medioambiente de Estados Unidos (conocida por sus siglas como EPA) haya considerado que el valor de una vida humana oscilaba entre 1 y 2 millones de dólares, mientras que la administración de salud y seguridad ocupacional de ese país (conocida por sus siglas como OSHA) estimó dicho valor entre 2 a 5 millones de dólares¹⁷.

Todo lo anterior debe unirse a un conjunto de complicaciones para fijar un valor monetario a los costos y beneficios, relacionadas con los juicios predictivos y de valor que se consideran en los métodos de cálculo aplicados. Por ejemplo, se asumen grados estándares de aversión al riesgo, cuando se sabe que las personas responden de manera muy variada frente a riesgos específicos¹⁸. Además, no es fácil identificar en qué medida es posible que los sujetos obligados por la norma encuentren formas de evadir la norma dando una apariencia de cumplimiento formal de la misma (denominado como "creative compliance"), lo cual a su vez resulta vital para definir los verdaderos costos de control del cumplimiento¹⁹. De igual modo, el análisis llevado a cabo no siempre es capaz de predecir con exactitud los descubrimientos o avances tecnológicos que pueden limitar o incrementar la utilidad de cada opción regulatoria²⁰. Finalmente, se cuestiona que la aceptación de una medida regulatoria se determine en base a una evaluación económica guiada netamente por un objetivo de eficiencia (determinado por la valorización monetaria de las alternativas), sin dar lugar a objetivos redistributivos o de otra naturaleza²¹.

Frente a las dificultades antes señaladas, se trató de flexibilizar las exigencias de la valorización monetaria, como sucedió con la Executive Order 12866 en Estados Unidos, que señaló la necesidad de encontrar una medida cualitativa para aquellos costos y beneficios que resultaran difíciles de cuantificar en términos monetarios²². Sin embargo, en tales casos el problema se traslada al campo de la comparación entre los costos y beneficios, pues resulta muy complicado comparar costos cuantificados en términos monetarios con estimaciones cualitativas sobre los beneficios que se obtendrán. Además, siempre existe el peligro de que el responsable de elegir la opción regulatoria quede más convencido por las cuantificaciones monetarias que por valoraciones cualitativas de mayor importancia²³.

Como último punto debe comentarse que los recursos invertidos en realizar este tipo de análisis

son cuantiosos (por ejemplo, más de dos décadas atrás, se estimó que el costo promedio del ACB de cada propuesta normativa en Estados Unidos era de 100,000 dólares²⁴), y ello se debe a que se trata de superar las limitaciones antes mencionadas²⁵. Unido a lo ya dicho se tiene que las autoridades encargadas de realizar el ACB usualmente terminan haciéndolo sin observar todos los requisitos exigidos, incluso en países como Estados Unidos donde es una herramienta de uso obligatorio y extendido²⁶.

Por todo lo anterior, se ha planteado que lo más razonable y realista es que el ACB valore cualitativamente los costos y beneficios y que sólo se haga una estimación monetaria de los mismos cuando ello sea viable pero sin que resulte obligatorio. Además, se ha propuesto que dentro de los costos y beneficios se incluyan otros de naturaleza distinta a los económicos y presupuestales, tales como los beneficios sociales y medioambientales. En concordancia con ello, se considera que el ACB debe tener como finalidad informar adecuadamente sobre las ventajas y desventajas de adoptar una medida regulatoria, sin que la aceptación de la misma o su entrada en vigencia dependan de que sus beneficios económicos superen sus costos.

b) Análisis Costo-Efectividad

El análisis costo-efectividad ("cost-effectiveness analysis") busca encontrar la alternativa regulatoria que permita lograr el objetivo propuesto al menor costo, maximizando de esta forma el beneficio obtenido de un gasto dado y con menores requerimientos de información que un ACB típico²⁷.

La idea en el análisis costo-efectividad (ACE) es calcular los costos de las distintas opciones regulatorias identificadas para compararlos entre sí, pero sin tener que valorizar además los beneficios esperados, con lo cual se evita la complejidad de dar un valor específico a bienes como la vida o salud humana o bienes como un medioambiente limpio. Con ello se tiene una guía sobre la efectividad comparativa de las distintas alternativas para lograr un objetivo dado y que se considera valioso. Por ende, este método no requiere juzgar la necesidad de conseguir el objetivo o su racionalidad, solamente busca identificar la vía más efectiva para lograrlo en términos de costos. Adicionalmente, se ha planteado que, en cierta forma, el ACE permite también que los reguladores evalúen implícitamente la conveniencia del objetivo trazado en función a si los costos de las medidas regulatorias que se requieren para lograrlos son aceptables²⁸.

16 Baldwin, R. y Veljanovski, C. Op. Cit., p. 55. Ogus, Anthony. Risk management and 'rational' social regulation; en: Baldwin R. (ed) Law and uncertainty: Risk and legal process (Gran Bretaña, Kluwer Law International, 1997), p. 145.

17 Brynner. Op. Cit., p. 55.

18 Ogus, Anthony. Op. Cit., p. 148.

19 Baldwin, Robert. Rules and Government. Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 206.

20 Lave, Lester. "Benefit-cost analysis: Do benefits exceed the costs?". En: Hahn R. (ed) Risks, costs, and lives saved: Getting better results from regulation, 1996, pp. 120 y 125.

21 Baldwin y Cave. Understanding regulation: Theory, strategy and practice. Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 95. Baldwin, y Veljanovski. Op. Cit., p. 56.

22 Froud y Ogus. Op. Cit., p. 225.

23 Baldwin y Veljanovski. Op. Cit., p. 56.

24 Baldwin. Op. Cit., p. 209.

25 Lave. Op. Cit., p. 127.

26 Hahn, Robert. "Regulatory Reform: What do Government's Numbers Tell Us". En: Hahn R. (ed) Risks, Costs, and Lives Saved: Getting Better Results from Regulation, 1996.

27 Froud y Ogus. Op. Cit., p. 223. Al parecer esta metodología de análisis tuvo sus orígenes en la asignación del presupuesto para fines militares, en tanto que se partía del presupuesto de que el objetivo al que se dirigía el gasto era adecuado y loable, por lo cual no era necesario valorizar los beneficios esperados, sino determinar la manera más efectiva de asignar los recursos para el fin previsto.

28 OECD-SIGMA. Op. Cit., p. 29.

El ACE es un método muy útil cuando el mandato legal del regulador le ordena proteger determinados valores o alcanzar ciertos objetivos sin considerar los costos involucrados en lograrlo, por ejemplo si el mandato ordenara simplemente garantizar la seguridad en el transporte público a través de las vías legales disponibles²⁹. Asimismo, también puede resultar muy conveniente cuando existe consenso sobre los beneficios del objetivo perseguido o cuando el objetivo ha sido definido legalmente en términos bastante amplios o generales como para dar opción a comparar un número considerable de alternativas regulatorias³⁰.

Evidentemente, si se requiere una cuantificación monetaria de los costos de las distintas alternativas regulatorias, los cuestionamientos expuestos en la sección sobre el ACB resultan igualmente aplicables, incluso si no es necesario valorizar los beneficios a conseguir. En tal sentido, la utilización del análisis costo efectividad como método para el AIR también debe guiarse por las recomendaciones comentadas en el último párrafo de la sección previa.

c) Análisis Costo-Cumplimiento

Una tercera metodología que puede comentarse y que fue utilizada en Inglaterra en los inicios de la aplicación del AIR es el análisis costo-cumplimiento ("cost-compliance analysis"). El análisis costo-cumplimiento (ACC) se estableció en Inglaterra en 1985 para enfrentar el excesivo costo en que incurrían las empresas para familiarizarse y cumplir con la regulación (situación denominada como "red tape problema")³¹. El aspecto central del ACC es la selección de aquella alternativa regulatoria cuyo cumplimiento imponga previsiblemente menores costos para las empresas³².

A diferencia de la primera versión del ACB aplicado en Estados Unidos, el propósito del ACC era informar el proceso de toma de decisiones del estado y no definir si la norma entraba en vigor o no. Asimismo, a diferencia del ACB aplicado en Estados Unidos, el ACC no requiere el examen de los beneficios ni tampoco su comparación y balance con los costos³³. Por ello, es un método que consume menos recursos que el ACB típico.

No obstante, el ACC sólo proporciona una visión parcial dado que su principal objeto de evaluación es el impacto directo e inmediato sobre las empresas que quedarían sujetas a la regulación propuesta.

En efecto, el ACC no considera el impacto de la regulación sobre otros grupos, como por ejemplo los consumidores,

ni tampoco costos secundarios como la reducción en la innovación ni las barreras a la competencia que podría generar la propuesta normativa. Adicionalmente, el método dependía en gran parte de la información que proporcionarían las empresas sobre los costos en que incurrirían para cumplir con la regulación propuesta. Ello incrementa las dificultades para llevar adelante el ACC, ya que por lo general las empresas son reacias a suministrar información reservada sobre su estrategia comercial (como por ejemplo sus costos) o sino, como ya se ha mencionado, tienen incentivos para sobreestimar los costos si la regulación propuesta no les conviene³⁴. Más aún, algunos costos que podrían ser más fáciles de identificar y cuantificar no son considerados por el ACC, como por ejemplo aquellos relacionados con los gastos en que incurriría el regulador para vigilar el cumplimiento de la medida regulatoria³⁵.

En este sentido, el ACC es una revisión parcial del impacto de las propuestas normativas, sufre de las mismas limitaciones que afectan el ACB al cuantificar los costos y, además, no requiere una comparación con los beneficios de las propuestas. Por ello, se sostuvo que el ACC podía estar reuniendo lo peor de dos mundos³⁶. Por ello, las nuevas reglas que gobiernan el ACC desde 1996 señalan que la evaluación debe incluir también un estudio sobre los riesgos involucrados, lo que supone la identificación y de ser posible la cuantificación de los beneficios potenciales de la propuesta regulatoria, con lo cual el análisis se acerca más al que se realiza a través del ACB³⁷.

Como conclusión de todo lo explicado sobre las metodologías para llevar a cabo la valorización y comparación de las opciones regulatorias, se debe señalar que en la actualidad lo que se busca en esta etapa del AIR es identificar los costos y beneficios de cada una de las opciones existentes, pero básicamente en el sentido de precisar sus pros y contras y sin el ánimo de encontrar una única solución correcta para el problema³⁸. La idea es resumir los efectos de cada alternativa considerando aspectos económicos, sociales o de otra naturaleza en tanto puedan influir en el impacto de cada alternativa (la cuantificación en términos monetarios sólo sería razonable en tanto no exija incurrir en costos exagerados)³⁹. Asimismo, debe evitarse, en lo posible, que los términos de la evaluación sean técnicos o complejos, ya que ello dificulta la discusión de las propuestas y entorpece el control externo –"accountability"– sobre el proceso de creación de las normas⁴⁰.

1.5. Transparencia y Participación

Unido a todo lo anterior se incluyen algunas recomendaciones para llevar a cabo el AIR de la mejor

29 Baldwin. Op. Cit., p. 202.

30 OECD-SIGMA. Op. Cit., p. 29.

31 Froud y Ogas. Op. Cit., p. 225.

32 Froud, Julie y otros. Toeing the line: Compliance cost assessment in Britain, en: Policy and Politics 22 (4), (1994), p. 314.

33 Froud y Ogas. Op. Cit., p. 224.

34 Ibid. pp. 228, 231 y 234.

35 Froud y otros. Op. Cit., p. 319.

36 Baldwin. Op. Cit., p. 214.

37 Baldwin y Cave. Op. Cit., p. 88.

38 Baldwin. Op. Cit., p. 215.

39 Lave. Op. Cit., p. 128. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo señalado por McGarity: "Un documento de cinco páginas redactado con astucia política en lenguaje común ['layperson's terms'] y que resume la información disponible sobre un problema, describiendo además los pro y contra de tres o cuatro opciones regulatorias, puede ser más útil que un documento analítico que cuesta 3 millones de dólares y tiene 500 páginas de análisis cuantitativo de docenas de opciones repletas de gráficos y tablas" (traducción libre). McGarity. Op. Cit., p. XVI.

40 Baldwin. Op. Cit., pp. 203 y 215.

manera de modo que se genere un proceso de toma de decisiones no sólo informado sino además transparente y participativo.

Lo primero que se plantea es que el AIR debe iniciarse muy temprano, es decir, cuando se empieza a estudiar si corresponde o no la intervención regulatoria. Esta recomendación busca evitar que el AIR se realice cuando ya se ha optado por una opción o medida regulatoria en particular sin haber evaluado otras medidas alternativas que podrían resultar mejores y más eficaces. Si esto sucede, se señala que el AIR deja de ser una herramienta de calidad regulatoria a través de la comparación de alternativas, para convertirse en una exposición de motivos de la medida regulatoria ya decidida de antemano. No debe olvidarse que lo que asegura una elección racional en el proceso de toma de decisiones es la evaluación de las distintas alternativas existentes para resolver un problema⁴¹.

Un segundo aspecto relevante en el AIR es que se permita y ofrezca libre acceso a la información concerniente al proceso de evaluación llevado a cabo, en términos iguales y no discriminatorios⁴². Conjuntamente con lo anterior, se recomienda incorporar mecanismos participativos para que las partes afectadas o aquellos interesados expresen su punto de vista acerca de los efectos de las alternativas encontradas, en particular los riesgos que las mismas pudieran generar⁴³. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la percepción pública sobre tales riesgos puede resultar inconveniente para el proceso de elección de la alternativa regulatoria, cuando aquella se aparta de la opinión de los expertos debido a concepciones exageradas o mal informadas⁴⁴. Sin embargo, la percepción pública no se aleja de la opinión de los expertos únicamente debido a concepciones erradas, sino también cuando se prevé que algunas alternativas regulatorias pueden ocasionar una distribución de los costos poco equitativa y en perjuicio de las grandes mayorías⁴⁵.

1.6. A Manera de Ejemplo

Una forma simple de explicar las etapas del AIR es a través de un ejemplo. Considérese que las autoridades del sector eléctrico han identificado que existe rechazo de varios sectores de la población debido a la instalación de determinados equipos de conducción de electricidad en lugares densamente poblados, porque temen que esos equipos produzcan radiaciones dañinas para la salud. Luego de realizar los estudios del caso se encuentran opiniones disímiles sobre la materia y, ante la duda, las autoridades entienden que esta situación requiere que se adopte alguna medida. Así, el problema a ser solucionado en este caso involucraría una mezcla de potenciales fallas de mercado (externalidades y asimetría de información) y tal vez un cierto grado de paternalismo.

Los beneficiarios directos de la medida a adoptarse serían quienes viven, trabajan o circulan constantemente por las inmediaciones de las zonas donde se encuentran instalados los referidos equipos. Además, dependiendo del tipo de medida que se adopte, los beneficiarios indirectos podrían ser los propietarios de los inmuebles localizados en dichas zonas (por ejemplo si se ordena retirar los equipos y ello incrementa el valor de los inmuebles). Los potenciales afectados serían las empresas eléctricas propietarias de dichos equipos, que tendrían que cumplir las obligaciones derivadas de la medida que se adopte. Asimismo, también podrían verse afectados los fabricantes de tales equipos según la medida adoptada. De igual modo, también habría que considerar dentro de este grupo a las autoridades que quedarían encargadas de fiscalizar que se cumplan las obligaciones previstas por la nueva regulación.

Ante la dificultad de determinar con plena certeza y de forma previa el nivel de riesgo para la salud derivado de la instalación de los equipos de conducción de electricidad antes mencionados, el objetivo de la medida reguladora se definiría como garantizar que no se produzcan radiaciones dañinas para la salud como consecuencia de la instalación de los referidos equipos.

Entre las posibles medidas reguladoras que permitieran garantizar que no se produzcan radiaciones dañinas para la salud como consecuencia de la instalación de los equipos mencionados, se podría considerar las siguientes:

- Prohibir la utilización e instalación de los referidos equipos, obligando a la sustitución de los mismos (esta opción sería practicable claro está en la medida de que fuera técnicamente posible tal sustitución). Esta sería la opción más drástica y extrema en el ejercicio de *Ius Imperium*.
- Ordenar el traslado o nueva instalación de los equipos en referencia en zonas no pobladas, con lo cual se permite que se sigan utilizando pero en otra ubicación.
- Exigir una autorización previa para mantener los mencionados equipos en su ubicación actual o instalar nuevos en zonas pobladas, sujetando dicha autorización a que el propietario de los equipos demuestre que no causan daños a la salud.
- Otorgar un beneficio tributario por la reinstalación de los equipos en zonas no pobladas o por la sustitución de los equipos por otros que cumplan similar función. Esta sería una opción que opera a través de incentivos.
- Exigir al propietario de los equipos hacer una campaña de difusión masiva en la cual informe con detalle a las poblaciones involucradas sobre la inocuidad de los equipos instalados. Esta sería la opción con menor grado de intervención sobre la autonomía privada.

41 Froud y Ogas. Op. Cit., p. 230.

42 Baldwin. Op. Cit., p. 215.

43 Pildes, R. and Sunstein, C. Reinventing the Regulatory State; en: University of Chicago Law Review 62 (1995), p. 75.

44 Brynner. Op. Cit., p. 62. Al respecto, los estudios demuestran que la percepción pública sobreestima el riesgo de actividades bastante seguras, como por ejemplo aquellas relacionadas con la energía nuclear, mientras que subestima los riesgos de actividades que pueden ser mucho más inseguras, como las cirugías. Factores tales como la inclinación del público a simplificar y categorizar los riesgos o el efecto de los medios de comunicación, ocasionan concepciones erradas en la población. Breyer, Stephen. Breaking the vicious circle: Toward effective risk regulation (Estados Unidos, Harvard University Press, 1993), pp. 33-39.

45 Ogas. Op. Cit., pp. 146 y 156.

Considerando principios como los de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, podría concluirse que la primera alternativa, si bien practicable, parecería ser excesivamente drástica e interventora, mientras que la última aparentemente estaría cumpliendo con los principios de mínima intervención y sin descuidar el de necesidad, pero podría quedar corta en cuanto al principio de proporcionalidad dado el nivel de rechazo de varios grupos de la población.

La forma de valorización y comparación de las opciones regulatorias listadas previamente dependerá de la metodología que se utilice. Como se ha indicado, en la actualidad las metodologías utilizadas son el ACB o el ACE, siempre en la perspectiva de valorar las opciones regulatorias principalmente en términos cualitativos y sólo haciendo una valorización económica si es posible, sin que el resultado (por ejemplo un resultado neto positivo en términos monetarios) sea determinante para que se decida emitir la regulación propuesta o no.

Partiendo de lo anterior, la autoridad reguladora podría considerar adecuado concentrarse en la valoración y comparación de las tres opciones regulatorias intermedias. Sólo para efectos del ejemplo se considerará la segunda opción regulatoria para evaluar sus costos y beneficios, es decir ordenar el traslado o nueva instalación de los equipos en referencia en zonas no pobladas.

El beneficio más directo es que se logra neutralizar la animadversión de los grupos de pobladores contrarios a la instalación de los equipos, pero además es posible que también se esté cuidando la salud de la población que podría estar siendo afectada. Eventualmente, los propietarios de los inmuebles o terrenos ubicados en la zona donde fueron retirados los equipos podrían verse beneficiados también con el incremento del valor. De otro lado, las empresas titulares de los equipos tendrían que asumir el costo directo de ubicación de zonas adecuadas para la reinstalación de los equipos, así como de su traslado y reinstalación; pero a la vez mantendrían el beneficio de poder seguir utilizándolos sin necesidad de sustituirlos. La autoridad reguladora debería asumir el costo de supervisión del cumplimiento, que dadas las características de la obligación impuesta sería una supervisión única (verificar que se retiraron los equipos del lugar donde se encontraban y que se reinstalaron en zona no poblada).

En términos de la comparación costo beneficio esta opción regulatoria habría pasado el examen, aunque todavía tendría que evaluarse en qué medida es más eficiente y efectiva que las otras dos opciones regulatorias restantes.

2. AIR en la Regulación de Servicios Públicos Peruana

Los organismos reguladores peruanos (OSIPTTEL, OSINERGMIN, OSITRAN, y SUNASS) se crearon en distintos

momentos del tiempo en función del mayor o menor avance en la desregulación de cada industria regulada y de la entrada de iniciativa privada para realizar las actividades productivas y comerciales en dichas industrias.

Sin perjuicio de lo anterior, los cuatro reguladores cuentan con las siguientes funciones reconocidas por el marco legal: normativa (normas de carácter general y particular en casos como los mandatos); reguladora (fijación de tarifas finales y cargos de acceso); supervisora (vigilancia del cumplimiento de obligaciones legales y contractuales); fiscalizadora y sancionadora (sanción de incumplimientos); y de solución de conflictos (reclamos de usuarios contra las empresas operadoras de servicios públicos y controversias entre empresas operadoras)⁴⁶.

Para realizar todas estas funciones los reguladores cuentan con órganos funcionales especializados.

De acuerdo con sus reglamentos generales⁴⁷, todos los reguladores peruanos se encuentran regidos por principios regulatorios que constituyen bases y lineamientos de acción. Es decir, toda acción y decisión que adopte cualquiera de sus órganos funcionales debe sustentarse y quedar sujeta a dichos principios⁴⁸. En tal sentido, se trata de reglas de cumplimiento obligatorio salvo que la norma señale algo distinto.

Como se explicará a continuación, algunos de los referidos principios contienen referencias a elementos propios del AIR, nos referimos en particular a los siguientes principios:

- Actuación basada en el análisis costo-beneficio
- Análisis de decisiones funcionales
- Eficiencia y efectividad
- Subsidiariedad

Sin embargo, en la sección de principios regulatorios de los reglamentos generales de los reguladores no se señala que los principios antes indicados constituyan un sistema de AIR. Asimismo, no existen disposiciones legales que determinen un orden de etapas a seguir en la aplicación de los referidos principios, ni tampoco un orden de prelación para aplicar el análisis que requiere cada uno de ellos. Inclusive, la redacción de los artículos que contemplan tales principios en cada reglamento general no es uniforme, sino que más bien presenta distintos alcances.

En función de lo anterior, es importante evaluar si los principios de actuación de los reguladores peruanos contemplan un sistema de AIR consistente con la metodología de evaluación y etapas de análisis antes explicadas; es decir, si los referidos principios permiten aplicar un AIR coherente, viable y racional, sin contradicciones ni traslapes. Debe tenerse en cuenta que tales principios son de carácter mandatorio, salvo que la propia norma señale lo contrario.

46 Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (artículo 3°); y su Reglamento, el Decreto Supremo 042-2005-PCM (artículo 2).

47 Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTTEL; Decreto Supremo 017-2001-PCM, Reglamento General de la SUNASS; Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del OSINERGMIN; Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General del OSITRAN.

48 Al respecto, el Reglamento General de cada regulador contiene una sección especial sobre principios regulatorios y el primer artículo de tal sección se titula así: "Importancia de los Principios". Este artículo señala sin excepción que "Los principios contenidos en el presente Título establecen las bases y lineamientos de la acción de [regulador] en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. En tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los órganos funcionales de [regulador correspondiente] deberá sustentarse y quedar sujeta a los mismos".

“(…)en la sección de principios regulatorios de los reglamentos generales de los reguladores no se señala que los principios antes indicados constituyan un sistema de AIR. Asimismo, no existen disposiciones legales que determinen un orden de etapas a seguir en la aplicación de los referidos principios, ni tampoco un orden de prelación para aplicar el análisis que requiere cada uno de ellos”.

2.1. Principio de Subsidiariedad

Según se ha señalado, el AIR requiere dentro de sus primeras etapas identificar el problema a resolver, el o los objetivos que se buscan a través de la intervención estatal, y las distintas opciones regulatorias que podrían adoptarse para conseguir los objetivos mencionados, considerando el distinto grado de intervención de cada una de aquellas opciones y además la opción de no introducir medida regulatoria alguna (es decir mantener el estatus quo o dejar que funcione el mercado).

De la revisión efectuada, ninguno de los principios regulatorios hace referencia explícita a elementos referidos a la primera y segunda etapa del AIR antes señaladas, aunque si hay uno que contiene explícitamente elementos propios de la tercera etapa e implícitamente supone haber pasado por las dos anteriores.

En efecto, los reglamentos generales de los reguladores contemplan el denominado Principio de Subsidiariedad, cuyo texto y diferencias sustanciales se presentan en el siguiente cuadro comparativo: (ver siguiente pág.)

Lo primero que puede observarse es que la redacción del Principio de Subsidiariedad presenta algunas diferencias en cada reglamento general que lo contempla y, además, que dicho principio no está contenido en el Reglamento General de la SUNASS. De un lado, este principio es aplicable para la actuación del OSIPTEL y del OSINERGMIN en todas sus funciones, mientras que sólo es aplicable para la actuación del OSITRAN en sus funciones normativa y reguladora (no incluye por ejemplo la función supervisora ni la de fiscalización y sanción). No es clara la razón de esta diferencia.

De otro lado, en el caso del OSINERGMIN se considera su actuación para satisfacer los intereses de los usuarios de servicios públicos o de los consumidores regulados; mientras que en el caso del OSIPTEL se considera su actuación también para satisfacer los intereses de los competidores; y en el caso del OSITRAN se considera su actuación para el desarrollo del mercado. Estas diferencias pueden deberse a las características propias de la regulación de cada industria.

En el caso del sector eléctrico y de gas natural (OSINERGMIN) existen dos categorías legales de usuarios, regulados y libres, siendo que la mayor parte de la regulación de estos sectores está dirigida a proteger a los primeros. Estas categorías de usuarios no se encuentran en las otras industrias reguladas. Dado el dinamismo del sector telecomunicaciones y la elevada probabilidad de que ingresen mayores operadores al mercado producto de la innovación creciente, el desarrollo de competencia cobra gran relevancia y puede entenderse que se considere las funciones del OSIPTEL para satisfacer los intereses de los competidores. En el caso de la industria de infraestructuras de transporte de uso público en cambio el desarrollo del mercado no es tan dinámico dado el inherente carácter de monopolio natural de dichas infraestructuras, por ello puede entenderse que las funciones del OSITRAN consideren el desarrollo del mercado.

Finalmente, en el caso particular del OSITRAN pareciera ser que la intervención normativa y reguladora queda circunscrita a situaciones bastante concretas de falla de mercado (monopolios u oligopolios, barreras de acceso, asimetrías de información). No queda claro las razones para que se haya efectuado esta precisión, que más que contribuir podría resultar excesivamente limitativa de las capacidades del regulador.

En cuanto al carácter del Principio de Subsidiariedad desde la perspectiva del AIR, se debe tener en cuenta que según los términos específicos de este principio para lograr la satisfacción del interés de los usuarios y consumidores regulados, así como de los competidores, o para el desarrollo de los mercados (según corresponda), la intervención del regulador debe guiarse por el siguiente orden de prelación:

- Primero, privilegiar el funcionamiento del mercado y de los mecanismos de libre competencia.
- Segundo, emitir disposiciones normativas y/o reguladoras únicamente si no existe duda sobre su necesidad, es decir, cuando identifica que el mercado y los mecanismos de competencia son insuficientes.
- Tercero, si existen varias opciones regulatorias similarmente efectivas, debe adoptarse la menos restrictiva de la autonomía privada.

Teniendo en consideración lo anterior, se evidencia que el orden establecido a través del Principio de Subsidiariedad para la intervención regulatoria, es equiparable a la tercera etapa del AIR comentada previamente, referida a la identificación de las opciones regulatorias para alcanzar el objetivo trazado, considerando primero la alternativa de no intervención incluso en caso de duda (privilegiar el mercado y los mecanismos de libre competencia) y, de considerar necesaria la intervención reguladora, preferir aquella medida que implique menor grado de intervención (la menos restrictiva de la autonomía privada).

Adicionalmente, el Principio de Subsidiariedad señala que al decidir por la intervención y ante medidas similarmente efectivas, se debe optar por la que menos restrinja la autonomía privada. Para definir si las medidas son igualmente efectivas es necesario conocer para

Regulador	Principio de Subsidiariedad	Diferencias
OSINERGMIN	La actuación del OSINERGMIN es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios de servicio público o consumidores regulados. En caso de duda sobre la necesidad de establecer disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas, y entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada (artículo 11°).	Actuación en todas las funciones del regulador. Para satisfacer los intereses de usuarios del servicio público o consumidores regulados.
OSIPTTEL	La actuación del OSIPTTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada (artículo 11°).	Actuación en todas las funciones del regulador. Para satisfacer los intereses de usuarios del servicio público y de los competidores.
OSITRAN	En el ejercicio de su función normativa y/o reguladora, la actuación del OSITRAN es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En caso de duda sobre la necesidad de dictar disposiciones normativas y/o reguladoras, se optará por no dictarlas. Entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que afecta menos la autonomía privada. En tal sentido la adopción de una disposición normativa y/o reguladora deberá sustentarse en la existencia de monopolios u oligopolios, existencia de barreras legales o económicas significativas de acceso al mercado o niveles significativos de asimetría de información en el mercado correspondientes entre las entidades prestadoras, de un lado, y los usuarios, en el otro (artículo 10°).	Actuación del regulador en funciones normativa y reguladora. Para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de usuarios. Disposiciones normativas o reguladoras por monopolios u oligopolios, barreras de acceso al mercado o asimetrías de información.
SUNASS	No contemplado.	

qué son efectivas, lo cual implícitamente supone haber identificado antes el problema a ser solucionado vía la intervención y el o los objetivos de ésta. Sólo así puede evaluarse si las medidas son efectivas en similar medida para cumplir con dichos objetivos y resolver el problema.

Siendo ello así, la evaluación del regulador para decidir cualquier intervención regulatoria (principalmente vía sus funciones normativas y reguladoras) debería iniciarse dando cumplimiento estricto al Principio de Subsidiariedad. Téngase en cuenta que de no iniciar su evaluación con lo dispuesto por este principio, se puede correr el riesgo de que luego el regulador ya no efectúe un análisis comparativo entre distintas opciones regulatorias, sino que simplemente busque justificar la opción escogida de antemano, es decir que todo su análisis posterior se limite a hacer solamente una exposición de motivos de por qué es conveniente la medida regulatoria que está introduciendo.

2.2. Principio de Actuación Basado en el Análisis Costo-Beneficio

La cuarta etapa en el AIR es la de valorización y comparación de las opciones regulatorias identificadas, aplicando alguna de las metodologías ya explicadas, en particular el ACB o el ACE.

Al respecto, los reglamentos generales de los reguladores contemplan varios principios que se relacionan con lo antes señalado. En primer lugar está el Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio, cuyo texto y diferencias en cada reglamento se exponen en el siguiente cuadro comparativo: (ver siguiente pág)

Como se observa en tres de los casos se precisa que la evaluación de los costos y beneficios de la actuación o decisiones del regulador busca acreditar racionalidad y eficacia de tales acciones (el único caso en que no se señala es el de la SUNASS). Esto se condice con el carácter de herramienta de control de calidad del AIR (racionalidad y efectividad de las normas).

Sin perjuicio de lo anterior, existen diferencias considerables entre los textos del principio comentado. Lo primero a tener en cuenta es que si bien la evaluación de los costos y beneficios de las acciones y decisiones es obligatoria para todos los reguladores, en los casos del OSIPTTEL y del OSITRAN debe realizarse necesariamente antes de la realización de dichas acciones y decisiones, mientras que en los casos del OSINERGMIN y de la SUNASS sólo tiene que efectuarse antes de su realización en la medida de lo posible, pudiendo ser posterior⁴⁹. En tal sentido, si estos dos últimos reguladores no llevaran a cabo la evaluación de los costos y beneficios de sus

Regulador	Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio	Diferencias
OSINERGMIN	Los beneficios y costos de las acciones emprendidas por el OSINERGMIN, en lo posible, serán evaluados antes de su realización y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia. Esta evaluación tomará en cuenta tanto las proyecciones de corto como de largo plazo, así como los costos y beneficios directos e indirectos monetarios o no monetarios. Serán considerados tanto los costos para el desarrollo de las acciones planteadas por el OSINERGMIN así como los costos que la regulación impone a otras entidades del Estado y del sector privado (artículo 7°).	ACB mandatorio, en lo posible ex - ante. Para las acciones del regulador. Acreditar racionalidad y eficacia. Proyecciones de corto y largo plazo. Costos y beneficios directos e indirectos, monetarios y no monetarios. Costos para el regulador, para otras entidades del Estado y para el sector privado.
OSIPTTEL	Los beneficios y costos de las acciones periódicas y programadas emprendidas por el OSIPTTEL, serán evaluados antes de su realización y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia. Esta evaluación tomará en cuenta tanto las proyecciones de corto como de largo plazo, así como los costos y beneficios directos e indirectos, monetarios o no monetarios (artículo 6°).	ACB mandatorio ex - ante. Para las acciones periódicas y programadas del regulador. Acreditar racionalidad y eficacia. Proyecciones de corto y largo plazo. Costos y beneficios directos e indirectos, monetarios y no monetarios.
OSITRAN	En el ejercicio de sus funciones, el OSITRAN deberá evaluar los beneficios y costos de sus decisiones antes de su realización y sustentarlas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia (artículo 6°).	ACB mandatorio ex - ante. Para el ejercicio de funciones del regulador. Acreditar racionalidad y eficacia.
SUNASS	Los beneficios y costos de las acciones, decisiones y disposiciones emprendidas por la SUNASS, en la medida de lo posible, serán evaluadas antes de su realización (artículo 4°).	ACB mandatorio y en lo posible ex - ante. Para las acciones, decisiones y disposiciones del regulador.

actuaciones y decisiones con carácter ex – ante, se entiende que deben exponer las razones por las cuales ello no les ha sido posible y, además, quedan obligados a llevarla a cabo con carácter ex – post.

De otro lado, la evaluación requerida por el Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio recoge en gran medida los elementos estructurales de la metodología del ACB ya comentada. Por ello, la evaluación bajo este principio debería guiarse por los lineamientos sobre valoración cualitativa de los impactos previsible, sean estos costos o beneficios, y sólo buscar la valoración cuantitativa cuando sea viable, dadas las limitaciones, complejidades y cuestionamientos que existen sobre el ACB en términos únicamente económicos y más aún solamente monetarios.

Finalmente, se entiende que el tipo de impactos que deben ser materia de evaluación debería ser el mismo para todos los reguladores, independientemente de que el texto del principio en el respectivo reglamento general sea más escueto en esta materia (por ejemplo en los casos del OSITRAN y de la SUNASS). Para tales efectos, debería

tomarse como referente el detalle del principio contenido en el Reglamento General del OSINERGMIN, que es el más completo de todos, en tanto incluye costos y beneficios de corto y largo plazo, directos e indirectos, monetarios y no monetarios, para los privados y para las entidades del estado (no sólo el regulador sino también las otras entidades que pudieran estar involucradas).

2.3. Principio de Eficiencia y Efectividad

Según se ha explicado, la otra metodología empleada para la valorización y comparación de las opciones regulatorias seleccionadas es el ACE, que está dirigido a comparar los costos de esas alternativas asumiendo como dado el beneficio esperado.

Sobre este tema, los reglamentos generales de los reguladores contemplan, sin distinción y sin diferencia alguna en su texto, el denominado Principio de Eficiencia y Efectividad, que se muestra en el siguiente cuadro: Los términos en que se encuentra redactado este principio indican con precisión que se trata de un típico ACE, en tanto que se requiere que el regulador

49 No cabría sostener que cuando la norma incluye los términos “en lo posible” o “en la medida de lo posible” ha establecido que la evaluación de los costos y beneficios de las actuaciones y decisiones de estos dos reguladores es optativa para ellos y pueden decidir no efectuarla a su plena discreción. De ser así, se les estaría exonerando de la aplicación del método más completo de valoración y comparación de opciones regulatorias, el mismo que en la actualidad es inherente al AIR. Además no existiría ninguna razón que justifique el diferente estándar entre los cuatro reguladores haciendo obligatoria esta evaluación sólo para dos de ellos. Ni siquiera se podría argumentar que se ha dado mayor flexibilidad a aquellos dos para quienes la profundidad y alcance de la evaluación es mayor. Si bien en el caso del OSINERGMIN el detalle de la evaluación es grande (proyecciones de corto y largo plazo, costos y beneficios directos e indirectos, monetarios y no monetarios, costos de supervisión del cumplimiento para el OSINERGMIN y para el estado), no es tan distinto del contemplado para el OSIPTTEL; además, en el caso de la SUNASS no se hace detalle alguno sobre el alcance de la evaluación pero también se incluye el término “en la medida de lo posible”. En consecuencia, la interpretación sistemática del marco legal y lo más razonable es considerar que esta evaluación es obligatoria para todos los reguladores.

Regulador	Principio de Eficiencia y Efectividad
Todos	La actuación de (OSINERGMIN, OSIPTTEL, OSITRAN, SUNASS) se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto (artículos 14º, 13º, 14º y 10º, respectivamente).

busque actuar de modo tal que asigne los recursos eficientemente, de modo que a través de sus acciones logre los objetivos trazados al menor costo, no sólo para el propio regulador sino para la sociedad en su conjunto. En tal sentido, bajo este principio el regulador debe evaluar los costos de sus acciones (es decir las distintas medidas regulatorias que puede adoptar) a fin de escoger aquellas que resultan más eficientes, para lo cual debe hacer un análisis comparativo de su eficiencia en función de que logren el objetivo al menor costo.

2.4. Principio de Análisis de Decisiones Funcionales

Los reglamentos generales de los reguladores contienen, además de los dos principios que contienen elementos de las metodologías de AIR antes señalados, el denominado Principio de Análisis de Decisiones Funcionales, cuyo texto y diferencias se presentan en el siguiente cuadro comparativo:

Según se observa, el texto de este principio tiene algunas variaciones en los reglamentos generales correspondientes al OSITRAN y a la SUNASS. La primera

diferencia es que este principio se aplica para todas las decisiones funcionales del OSINERGMIN y del OSIPTTEL, mientras que en el caso del OSITRAN y de la SUNASS sólo se aplica para el ejercicio de sus funciones normativas y reguladoras. La razón del distingo no es clara. La segunda diferencia es que en el caso de estos dos reguladores se agrega un aspecto adicional sobre el cual se debe evaluar el impacto, a saber, los incentivos a la inversión. No parece haber una razón específica que explique por qué este aspecto no se consideró también en el caso del OSINERGMIN y del OSIPTTEL.

Finalmente, existe una tercera diferencia, pero sólo en el reglamento de la SUNASS y es que en vez de considerar los impactos sobre el desarrollo de los mercados, considera el impacto en la prestación de servicios de saneamiento. Esto podría entenderse debido a que el diseño regulatorio de la industria de servicios de saneamiento tiene como base la existencia de empresas con carácter exclusivo para brindar dichos servicios en zonas determinadas, con

Regulador	Principio de Análisis de Decisiones Funcionales	Diferencias
OSINERGMIN	El análisis de las decisiones funcionales de OSINERGMIN tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas (artículo 13º).	Efectos de decisiones funcionales. Para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios.
OSIPTTEL	El análisis de las decisiones funcionales del OSIPTTEL tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas (artículo 13º).	Efectos de decisiones funcionales. Para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios.
OSITRAN	El análisis de las decisiones normativas y/o reguladoras del OSITRAN tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de tarifas, calidad, incentivos para la inversión, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas (artículo 12º).	Efectos de decisiones normativas y/o reguladoras. Incluye análisis sobre incentivos para la inversión. Para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios.
SUNASS	El análisis de las decisiones normativas y/o reguladoras tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de tarifas, calidad, incentivos para la inversión, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de la prestación de servicios de saneamiento y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas (artículo 9º).	Efectos de decisiones normativas y/o reguladoras. Incluye análisis sobre incentivos para la inversión. Para el desarrollo el desarrollo de la prestación de servicios de saneamiento y la satisfacción de los intereses de los usuarios.

lo cual es poco probable que se creen mercados con agentes competidores y amplia rivalidad entre ellos.

El objeto del Principio de Análisis de Decisiones Funcionales es que se analicen los efectos previsibles de las decisiones de los reguladores en materias específicamente previstas por la norma (tarifas, calidad, incentivos para la innovación e incentivos a la inversión en los casos del OSITRAN y la SUNASS, condiciones contractuales), pero también incluye al final una referencia abierta a cualquier otro aspecto, siempre que tenga efectos para el desarrollo de los mercados (o la prestación de servicios de saneamiento en el caso de la SUNASS) y la satisfacción de los intereses de los usuarios.

En tal sentido, se trata de un requerimiento de evaluación de efectos que, en principio, tiene un ámbito acotado, pero que deja abierta la opción de incluir otros aspectos sin mayor restricción que relacionarse con el desarrollo del mercado o los intereses de usuarios, es decir, con parámetros bastante amplios. Adicionalmente, la norma no señala criterio alguno para realizar esa evaluación de efectos, dejando también abierto este tema.

En función de ello cabría preguntar si era necesario enunciar un principio de esta naturaleza, pues el tipo de evaluación requerida por este principio bien podría incluirse como parte de la evaluación de impactos que se efectúa según lo previsto en los Principios de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio y de Eficiencia y Efectividad. Sin perjuicio de esta atipicidad, dado que se ha previsto de modo independiente, habría que entender que la evaluación de efectos requerida por el Principio de Análisis de Decisiones Funcionales tendría que ser distinta a la que se efectúa a través de aquellos otros dos principios.

2.5. ¿Tensiones en la Valorización y Comparación de Opciones Regulatorias?

Como se ha explicado, los reglamentos generales de los reguladores peruanos incorporan hasta tres principios que requieren una evaluación de efectos o impactos previsibles de las acciones o decisiones regulatorias.

La evaluación requerida según cada uno de estos principios tiene distinto alcance o ámbito. El Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio involucra evaluar los impactos en función de los costos y de los beneficios de las acciones regulatorias. El Principio de Eficiencia y Efectividad requiere evaluar los impactos en función solamente de los costos de las acciones o decisiones regulatorias. El Principio de Análisis de Decisiones Funcionales no define en función de qué parámetro se debe hacer la evaluación de impactos, solamente señala los ámbitos en que deben evaluarse. Más aún, los dos primeros principios mencionados reflejan las metodologías habitualmente utilizadas para

la valorización y comparación de opciones regulatorias, es decir, el ACB y el ACE, respectivamente.

Siendo ello así, el tipo de evaluación que se va a realizar según cada principio será distinta. Adicionalmente, los costos en que debe incurrir el regulador para llevar a cabo dicha evaluación también son diferentes (piénsese solamente en la diferencia de costos ya comentada entre un ACB y un ACE). Finalmente, los resultados de la evaluación de impactos según cada uno de esos principios no necesariamente van a coincidir, más bien pueden ser distintos e incluso opuestos.

Pese a lo anterior, ninguno de los reglamentos generales de los reguladores contiene una norma que establezca cuál de los tres principios antes señalados tendría que aplicarse preferentemente sobre los otros⁵⁰. De igual modo, no está previsto en qué supuestos de hecho correspondería aplicar uno de los principios y no los otros⁵¹. De otro lado, tampoco existe una disposición que permita al regulador escoger cuál de los principios considera más adecuado aplicar, ni que lo exonere de aplicar los otros cuando ya ha aplicado alguno de ellos.

En esta situación, la existencia independiente de los tres principios ya comentados genera incertidumbre tanto para los agentes del mercado como para el propio regulador. En efecto, los agentes no tendrán certeza sobre lo que deben esperar y pueden exigir como sustento de las decisiones regulatorias, es decir, si será una evaluación del tipo ACB o ACE; aunque lo más probable es que los agentes prefieran una evaluación lo más completa posible. Por su parte, el regulador no tendrá certeza sobre lo que está obligado a hacer para sustentar sus acciones o decisiones; siendo lo más probable que su preferencia sea por utilizar el método menos complejo y que implique menores recursos.

El vacío señalado impide que exista uniformidad de criterios en la realización del AIR y dificulta que el mismo se lleve a cabo de forma consistente con el método de AIR estándar y que tenga carácter predecible para los regulados.

En todo caso, lo cierto es que los reguladores peruanos están obligados a realizar el AIR, cuando menos, según alguno de los principios señalados, y en el escenario más estricto, bajo los tres, con el grado de complejidad que ello implicaría. No obstante ello, los reglamentos generales de los reguladores tampoco prevén disposiciones específicas sobre medidas de transparencia y participación en el proceso de realización del AIR.

3. A manera de conclusión

El AIR se utiliza para optimizar la eficiencia y efectividad de las medidas regulatorias asegurando que logren los objetivos trazados, con el menor costo posible y los

50 La norma podría haber contemplado, por ejemplo, que de preferencia debe utilizarse la metodología más completa (es decir el Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio), y solamente recurrir a alguna de las otras formas de evaluación (es decir los Principios de Eficiencia y Efectividad o de Análisis de Decisiones Funcionales) si no es posible hacerlo el análisis más completo.

51 Los reglamentos generales podrían haber previsto, por ejemplo, que se utilice el método más acotado (Principio de Análisis de Decisiones Funcionales) o de menor grado de complejidad (Principio de Eficiencia y Efectividad) para la generalidad de normas, y se reserve el método de mayor complejidad (Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio) para las normas de mayor jerarquía o las que regulan determinada materia de relevancia para el sector.

menores efectos indeseados. Por ello se considera una herramienta para asegurar la calidad de la regulación.

El proceso para llevar a cabo el AIR está compuesto por una serie de etapas que incluyen la identificación del problema a ser resuelto a través de la intervención reguladora, la definición del o de los objetivos de la intervención reguladora, la selección de las opciones regulatorias que pueden servir para conseguir esos objetivos (considerando opciones de distinto nivel de intervención sobre la autonomía privada), y finalmente la valorización y comparación de las ventajas y desventajas de cada una de esas opciones (en la forma de comparación de costos y beneficios, o únicamente de costos).

Los reglamentos generales de los organismos reguladores peruanos contemplan una serie de principios de cumplimiento obligatorio que contienen elementos propios del AIR.

De un lado, se encuentra el Principio de Subsidiariedad que de forma explícita exige al regulador una evaluación de distintas opciones regulatorias prefiriendo aquellas que menos restrinjan la autonomía privada. De forma implícita este principio supone que se haya hecho previamente una identificación del problema a ser solucionado y de los objetivos de la intervención regulatoria. Así, a través de este principio se pueden implementar las tres primeras etapas de un proceso de AIR estándar.

De otro lado, se encuentran tres principios que requieren una evaluación de los efectos de las acciones y decisiones regulatorias. El primero es el Principio de Actuación basado en el Análisis Costo-Beneficio, que exige la evaluación de impacto a través de la comparación de los costos y beneficios de las medidas regulatorias. El segundo es

el Principio de Eficiencia y Efectividad, que requiere la evaluación de impacto mediante la revisión de los costos de las distintas medidas regulatorias. El tercero es el Principio de Análisis de Decisiones Funcionales, que no determina un parámetro para hacer la evaluación de impacto, sino que señala los ámbitos en que la misma debe realizarse. Mediante estos principios se puede llevar a cabo la cuarta etapa de un proceso de AIR estándar, es decir, la valorización y comparación de opciones regulatorias.

El tipo de evaluación a realizar según cada principio es distinto, al igual que los recursos que debe invertir el regulador. Los resultados de la evaluación de impactos según cada uno de esos principios no necesariamente van a coincidir, y más bien pueden ser distintos e incluso opuestos.

Sin embargo, ninguno de los reglamentos generales de los reguladores contiene una norma que establezca cuál de los tres principios antes señalados tendría que aplicarse preferentemente sobre los otros, ni tampoco en qué supuestos de hecho correspondería aplicar uno de los principios y no los otros. De igual modo, no existe una disposición que permita al regulador escoger cuál de los principios considera más adecuado aplicar, ni que lo exonere de aplicar los otros cuando ya ha aplicado alguno de ellos.

Este vacío impide que exista uniformidad de criterios en la realización del AIR y dificulta que el mismo se lleve a cabo de forma consistente con el método de AIR estándar y que tenga carácter predecible para los regulados.

En todo caso, lo cierto es que los reguladores peruanos están obligados a realizar el AIR, cuando menos, según alguno de los principios señalados, y en el escenario más estricto, bajo los tres, con el grado de complejidad que ello implicaría. ■