

LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: UN ASUNTO COMPLEJO

Milagros Maraví Sumar*

INTRODUCCIÓN

En los últimos diez años se han producido notables avances en materia de simplificación administrativa y en la desregulación que ha acompañado al cambio del rol del Estado en la economía y la sociedad.

Con respecto a la simplificación administrativa, hitos importantes son la Ley de Simplificación Administrativa (Ley 25035) y su reglamento, el Título IV de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo 757) y su reglamento, y la creación y funcionamiento de la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

No será materia de este trabajo describir el contenido de las normas señaladas ni relatar la valiosa experiencia de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, temas que han sido objeto de numerosos estudios y conferencias que el lector puede haber revisado o atendido. Nuestro propósito es identificar los problemas que enfrenta actualmente la simplificación administrativa en el Perú y esbozar algunas ideas para su solución.

I. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

A partir de nuestra experiencia, que proviene de un estudio permanente sobre el tema, así como del trabajo con entidades públicas y privadas en consultorías sobre el diagnóstico y solución de los problemas de la simplificación administrativa, pode-

En el presente artículo la autora analiza uno de los temas de más urgente solución en todo ordenamiento jurídico: crear y mantener un sistema administrativo eficiente, rápido y justo, tanto a nivel de normas como en su ejecución.

Teniendo ello en cuenta y enfocando el tema desde un ángulo diferente, la autora propone una nueva vía de solución.

La autora describe la situación jurídica actual del sistema administrativo en nuestro país, las soluciones que da el ordenamiento jurídico, y los numerosos problemas que éste genera; enfocando el tema a la vez, desde un ángulo diferente, la autora.

* Abogada y profesora universitaria.

mos afirmar que los tres principales problemas que ésta enfrenta y que deben ser objeto de atención inmediata son los siguientes: a) la reducción de la simplificación administrativa al ámbito de la regulación sobre los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA); b) la falta de un eficiente sistema de control y fiscalización del cumplimiento de los principios y normas sobre simplificación administrativa; y, c) las carencias y defectos de las acciones de fiscalización posterior. De estos problemas se derivan otros pero son estos tres señalados los que deben merecer atención privilegiada.

- a) La reducción de la simplificación administrativa al ámbito de la regulación sobre los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA)

Un hecho que explica en gran parte los problemas que enfrenta la simplificación administrativa en el Perú es el que ésta se ha querido reducir, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 757 y con la creación de los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), a un conjunto normativo que se limita a establecer qué debe (o no debe) contener un TUPA.

Así, cada vez que se aborda el tema de la simplificación administrativa tanto los funcionarios de la administración como los abogados nos avocamos directamente a discutir sobre los TUPAs y la clasificación de los procedimientos (según sean de aprobación automática o de evaluación previa), los casos en los que se aplican los silencios administrativos y el listado de los documentos que se pueden o no pedir a los administrados. Sin embargo, si sólo entramos a estos temas efectivamente parecemos encontrarnos ante un listado de “frenos” y “prohibiciones” para los funcionarios, y de “privilegios” o derechos en favor de los administrados para defenderse de la posible arbitrariedad de aquéllos. En ese camino se han perdido de vista los principios que inspiran la simplificación administrativa y sus objetivos.

El objetivo inmediato de la simplificación administrativa es que los procedimientos que deben seguir los ciudadanos ante la administración tengan costos razonables y no impongan trabas innecesarias. ¿Por qué? Porque la vigencia de procedimientos complicados, con trabas y costos irrazonables, no sólo afecta

el interés particular de cada ciudadano que se ve obligado a acudir a la administración¹, sino a la sociedad en su conjunto, al limitar el acceso al mercado (fomentando la informalidad) y así restringir la libre competencia y afectar a los consumidores que son los que deben pagar mayores precios en un mercado distorsionado, conforme más trámites, requisitos y costos (legales o ilegales) existan. Los problemas para la captación de recursos de la inversión nacional y extranjera son asimismo evidentes, lo cual determina también una menor recaudación de tributos (idealmente, la fuente principal de ingresos del Estado).

Sin embargo, el objetivo más ambicioso de la simplificación administrativa es lograr que el Estado, y más precisamente la administración pública, se dirijan al cumplimiento de sus fines: estar al servicio del ciudadano, velando al mismo tiempo por el interés general, lo cual legitima al Estado en su conjunto frente a la población en beneficio de la vigencia del Estado de Derecho. Como nos recuerda Siegan², y debemos tener siempre presente, “El Estado existe para beneficio de las personas, el ser humano no existe para beneficio del Estado”.

En ese sentido, la simplificación administrativa debe ser entendida como un conjunto de principios que regulan la organización de la administración para el trato con el administrado, principios que inspiran las normas que conocemos sobre simplificación administrativa (incluidas las que se refieren a los TUPA).

La Ley de Simplificación Administrativa vigente presenta tales principios en su artículo segundo, que dispone que las funciones que desarrolla la administración pública están sujetas a los siguientes principios generales:

1. La presunción de veracidad, que rige en las relaciones de aquélla con sus funcionarios y servidores y con el público y que consiste en suponer que las personas dicen la verdad. Esta presunción admite prueba en contrario.
2. La eliminación de las exigencias y formalidades cuando los costos económicos que ellas impongan sobre la sociedad excedan los beneficios que le reportan.

¹ Recordemos que con respecto a los procedimientos administrativos el Estado actúa como proveedor único de servicios indispensables pues existen normas que obligan a seguirlos para la realización de determinadas actividades económicas y sociales.

² SIEGAN, Bernard. “Reforma Constitucional” Citel: Lima. 1993 p. 5.

3. La desconcentración de los procesos decisorios a través de una clara distinción entre los niveles de dirección y los de ejecución.
4. La participación de los ciudadanos en el control de la prestación de los servicios por parte de la Administración Pública y en la prestación misma de los servicios.

Todas las disposiciones de la referida Ley en adelante y todo el resto de normas sobre simplificación administrativa surgen y se organizan sobre la base de estos principios.

Tanto en el proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, recientemente aprobado por la Comisión creada mediante Resolución Ministerial 198-97-JUS (en adelante, la Comisión), como en el proyecto de Ley de Simplificación Administrativa de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) -que toma al primero como base de trabajo- se incluyen descripciones más amplias de esos principios y se añaden otros³. Así, tenemos los siguientes:

1. Principio de Simplicidad: los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y deberán ser proporcionales a los fines que se persigue cumplir.
2. Principio de Uniformidad: La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no sean convertidas en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.
3. Principio de Celeridad: Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando situaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.
4. Principio de Predictibilidad: La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y

confiable sobre cada trámite, así como sobre los criterios de interpretación que utiliza en ejercicio de su competencia, de modo tal que el administrado al iniciarlo pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que obtendrá.

5. Principio de Presunción de Veracidad: En la tramitación del procedimiento administrativo se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por esta ley responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.
6. Principio de Privilegio de Controles Posteriores: La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada y de aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.
7. Principio de Participación: Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

Lamentablemente, es tan abundante y dispersa la normatividad sobre simplificación administrativa que todos los actores (administración, administrados, abogados, economistas, etc.) nos hemos extraviado al interior de ese conjunto normativo y hemos perdido de vista los principios que la inspiran.

- b) La falta de un eficiente sistema de control y fiscalización del cumplimiento de los principios y normas sobre simplificación administrativa

Existe un deficiente e incompleto sistema de control del cumplimiento de los principios y normas de simplificación administrativa que conspira contra la vigencia de ésta.

³ Tuve la oportunidad de participar en la preparación de ambos proyectos.

Tal sistema de control está constituido por una serie de normas que permiten denunciar al funcionario público que incumple las reglas de simplificación administrativa y que éste sea pasible de una sanción administrativa o penal que rara vez se aplica.

Entre esas normas tenemos:

- a) El artículo 37 del Reglamento del Decreto Legislativo 757 que dispone que:

“El funcionario público a cargo de la recepción de las solicitudes o formularios que arbitraria e injustificadamente determine que la solicitud o formulario adolece de defectos u omisiones que requieren subsanación, o exija la presentación de requisitos o el pago de derechos que no consten expresamente en el TUPA, será pasible de la aplicación de las sanciones a que se refiere el Capítulo V del Título I del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Igualmente las sanciones serán aplicables a cualquier otro servidor o funcionario público que incurra en las mismas fallas disciplinarias”.⁴

- b) El artículo 38 del mismo Decreto Legislativo 757 que señala que:

“El funcionario titular de la oficina de administración de la entidad correspondiente que determine para su inclusión en el TUPA un cobro por concepto de los derechos de tramitación de los procedimientos administrativos que no se ajuste a lo establecido en el artículo 31 del presente Reglamento, incurrirá en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal”.

- c) El artículo 39 que dispone que:

“En el caso de incumplimiento de lo prescrito en el artículo 12 del Reglamento⁵, los particulares podrán interponer, indistinta o conjuntamente, y sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiera lugar, los siguientes reclamos:

- a) La queja a que se refiere el artículo 108 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos;
b) Un reclamo al órgano de control interno de la entidad respectiva; o

- c) El recurso de queja ante el Fiscal de la Nación a que se refiere el artículo 67 del Decreto Legislativo 52”.

- d) El artículo 40 que establece que:

“En el caso de que los funcionarios o servidores públicos soliciten al particular un donativo, una promesa o cualquier otra ventaja indebida para favorecer, realizar u omitir un procedimiento administrativo o alguno de sus requisitos, ya sea en cumplimiento o en violación de sus funciones, los particulares podrán interponer contra éstos, indistinta o conjuntamente, y sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiera lugar, las siguientes denuncias:

- a) Ante el órgano de control interno de la entidad respectiva.
b) Ante el Ministerio Público conforme a lo dispuesto en los artículos 11, 12 y 13 del Decreto Legislativo 52.⁶

Por otro lado, el Decreto Ley 25868 que norma la Organización y Funciones del INDECOPI señala en su artículo 26 *bis* que:

“La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos 283, 668, 757, el artículo 61 del Decreto Legislativo 776 y la Ley 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo”.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso.

⁴ Norma que se repite en el TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Que señala que sólo podrá exigirse a los administrados el cumplimiento de procedimientos y requisitos establecidos en el TUPA.

⁵ Que señala que sólo podrá exigirse a los administrados el cumplimiento de procedimientos y requisitos establecidos en el TUPA.

⁶ Norma que se repite en el TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Que señala que sólo podrá exigirse a los administrados el cumplimiento de procedimientos y requisitos establecidos en el TUPA. Que señala que sólo podrá exigirse a los administrados el cumplimiento de procedimientos y requisitos establecidos en el TUPA.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto, el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la PCM para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

La misma Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, según el artículo 61 del Decreto Legislativo 776 (Ley de Tributación Municipal) tiene a su cargo cautelar el que no se apliquen tributos que contravengan las normas del referido artículo que dispone que:

“Las Municipalidades no podrán imponer ningún tipo de tasa o contribución que grave la entrada, salida o tránsito de personas, bienes, mercadería, productos y animales en el territorio nacional o que limiten el libre acceso al mercado.

En virtud de lo establecido por el párrafo precedente, no está permitido el cobro por peaje; fumigación; o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura; ni ninguna otra carga que impida el libre acceso a los mercados y la libre comercialización en el territorio nacional.

El incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo genera responsabilidad administrativa y penal en el Director de Rentas o quien haga sus veces”.

Las personas que se consideren afectadas podrán acudir al INDECOPI o al Ministerio Público (en caso de responsabilidad penal).

El único mecanismo de fiscalización y control del cumplimiento de las normas de simplificación administrativa que funciona en la actualidad es el que está en manos de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI que, como hemos señalado, es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, así como cobros de derechos de tramitación municipales ilegales.

La pretendida responsabilidad administrativa y penal recogida en las normas descritas es “letra muerta”. Todo ese ámbito de responsabilidad no funciona como medio de control y fiscalización por que, como

es obvio, por una lado se sustenta en funcionarios públicos que deben sancionar a sus pares y, por el otro lado, en la denuncia de administrados que tienen más interés en solucionar su problema con un trámite concreto que en buscar la sanción administrativa o penal de los funcionarios públicos. Nos encontramos ante un sistema que no favorece la advertencia interna de aquello que no funciona bien ni tampoco la denuncia por parte de la ciudadanía, ya que las soluciones se centran fundamentalmente en la sanción del agente. Es necesario desarrollar mecanismos con objetivos de *accountability* más vinculados a la prevención o a la reparación, lo cual es indispensable para el funcionamiento adecuado de las normas de simplificación administrativa.

En ese sentido, creemos que, a partir de la experiencia desarrollada por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) en materia de asesoría en simplificación administrativa a las distintas entidades del gobierno central desde 1998, se puede desarrollar un mecanismo de carácter preventivo a cargo de la PCM que, sin perjuicio de las facultades atribuidas a la Comisión de Acceso al Mercado, se encargue (como señala el Proyecto de Ley de Simplificación Administrativa de la PCM) de asesorar a las entidades en materia de simplificación administrativa y evaluar de manera permanente los procesos de simplificación administrativa al interior de éstas, supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre el tema, detectar los incumplimientos de la misma y recomendar las modificaciones que considere pertinentes, realizar las gestiones conducentes a hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios involucrados, detectar los casos de duplicidad de los procedimientos administrativos en las distintas entidades y proponer las medidas necesarias para su corrección, dictar directivas de cumplimiento obligatorio tendientes a garantizar el cumplimiento de las normas de simplificación administrativa y establecer los mecanismos para la recepción de denuncias y otros mecanismos de participación de la ciudadanía para contar con mayor información, entre otras. Un sistema así permite identificar problemas al interior de las entidades y solucionarlos (en la mayoría de casos) antes de que se llegue al punto de perjudicar a los administrados, determinar la existencia de trabas administrativas y la presentación de denuncias. Un sistema así es mucho más conveniente tanto para la administración (que en ocasiones incumple por ignorancia más que por mala voluntad) como para los administrados. El alcance multisectorial de la PCM favorecería el papel a cumplir.

c) El olvido de la existencia de la fiscalización posterior y su escaso funcionamiento

De acuerdo al principio de simplificación administrativa de presunción de veracidad, la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones del administrado debe realizarse de preferencia con posterioridad, sobre la base de que el principio de la fiscalización posterior (*ex post*) supone la veracidad de la información presentada por los administrados como sustento de sus solicitudes para la iniciación de procedimientos administrativos; ello sin perjuicio del derecho de comprobar tal veracidad. Si se encontrase que la información no es veraz, la Administración Pública puede revertir el sentido de su pronunciamiento y aplicar sanciones disuasivas. La optimización de recursos (tanto del sector público como de los particulares) indica que debe privilegiarse la fiscalización posterior sobre la previa.

En ese sentido, la simplificación administrativa y el funcionamiento de la presunción de veracidad sólo pueden ser viables y permanentes si existe un adecuado sistema de fiscalización posterior que garantice que el administrado esté debidamente disuadido de incumplir las normas o presentar información falsa. En caso contrario, el sistema colapsará y cada paso avanzado será seguido de varios de retroceso. Un ejemplo nos excusará de realizar una extensa explicación al respecto: una noticia en los medios de comunicación denunciando que una determinada entidad pública ha otorgado una autorización o licencia a una empresa sólo sobre la base de una declaración jurada y que eso ha permitido que opere sin cumplir en la realidad con ciertos requisitos mínimos de seguridad o salubridad, puede determinar, como reacción inmediata, el que se establezcan una serie de controles previos en ese y otros procedimientos. En lugar de que se refuerce el control posterior, cuyo efecto disuasivo del incumplimiento debería aprovecharse, la tendencia será siempre a incrementar los controles previos. La falta de una adecuada fiscalización posterior, sea por falta de recursos o de conocimientos sobre cómo debe implementarse ésta, determina, en ese sentido, que los funcionarios al calificar sus procedimientos en el TUPA muchas veces no tomen en cuenta que los procedimientos sujetos a aprobación automática, o incluso los de evaluación previa pero con la aplicación del silencio administrativo positivo, no implican que la administración no pueda ejercer la fiscalización posterior.

Sin embargo, no basta con que exista o se realice fiscalización posterior. Aquellas entidades que sí la realizan, al carecer de criterios adecuados, pueden pecar por exceso o por defecto. Si es por defecto, los administrados sabrán que pueden declarar lo que sea porque nunca será verificado. Si, en el otro extremo,

la excesiva fiscalización previa se traslada a una excesiva fiscalización posterior, el problema de la existencia de trabas que distorsionan la libre competencia seguirá vigente. La fiscalización posterior también debe ser razonable. Un ejemplo puede graficar a qué nos referimos sin requerir mayores precisiones: si en una fiscalización posterior o "pesquisa" realizada por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) de acuerdo a sus directivas el día de hoy, ésta requiere a una empresa que le entregue buena parte de su *stock* de productos -en este caso quince unidades de cada uno de los perfumes y cremas importadas y de alto costo - para verificar su composición, está afectando a la empresa en sus ventas muchas veces durante los períodos de campaña de ventas -como en Navidad o el Día de la Madre-, está afectando también la competitividad de esa empresa en el mercado (y reduciendo la oferta) y está afectando en consecuencia a los consumidores. En un caso así es fácil concluir que la cantidad de "muestras" requeridas es excesiva, lo cual constituye además una verdadera "confiscación". Si facilito el acceso al mercado para luego dificultar la permanencia irrazonablemente, estoy destruyendo todos los beneficios de la simplificación administrativa y deslegitimando al Estado en su conjunto.

Las pautas y criterios de la fiscalización posterior de las entidades públicas deben ser fijadas de manera uniforme para las entidades y ser conocidas por los administrados. En ese sentido, creemos que la tarea de asesoría a las entidades antes descrita debería incluir el establecimiento de esas pautas y criterios que guiarán las actividades de fiscalización posterior.

Finalmente, creemos que las actividades de control y seguimiento del cumplimiento de la fiscalización posterior deben merecer una atención esmerada dentro del marco general de control y fiscalización del cumplimiento de los principios y normas sobre simplificación administrativa porque, como ya hemos dicho, de su adecuada realización depende el que se privilegie los controles posteriores sobre los previos.

II. OTROS PROBLEMAS DE LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

La reducción de toda la simplificación administrativa al tema de los TUPA, la falta de un adecuado control del cumplimiento de los principios y normas de la simplificación administrativa y los problemas de la fiscalización posterior han determinado que se produzcan o no se puedan resolver otros problemas que expondremos a continuación:

- a) El pretendido problema de la no aprobación del TUPA por las entidades

Si bien tanto el Decreto Legislativo 757 como su reglamento exigen la aprobación del TUPA por las entidades y señalan que, en caso contrario, no se podrá exigir a los administrados el cumplimiento de procedimientos y trámites; ésta norma no se cumple y es de difícil ejecución pues existe abundante legislación que exige tramitar una serie de procedimientos para la realización de actividades económicas y sociales, los cuales a la vez, pueden ser requisitos para seguir otros procedimientos. En resumen, ni las entidades sin TUPA dejan de exigir el cumplimiento de procedimientos y requisitos ni los administrados se resisten a hacerlo pues pueden enfrentar más inconvenientes al optar por la renuencia.

Por otro lado, los problemas que se presentan por un TUPA no aprobado, no vigente o no publicado no son muy distintos de los que aparecen con la existencia de un TUPA vigente que no recoge mínimamente los principios de simplificación administrativa y que estamos obligados a acatar, o de un TUPA que cumple con todos los requisitos pero que no impide a los malos funcionarios imponer "condicionamientos" adicionales a los administrados, demorar injustificadamente la tramitación de procedimientos o resolver "A" en un caso y "B" en un caso idéntico, generando inseguridad.

Por eso entendemos que el problema no consiste en la falta de aprobación del TUPA sino en la falta de transparencia y predictibilidad de entidades que, teniendo o no TUPA, exigen el cumplimiento de procedimientos y requisitos absolutamente irracionales. Ese problema precede y subsistirá a la vigencia de los TUPA.

En ese sentido, lo más recomendable es que, por un lado, el control del cumplimiento de los principios de la simplificación se vea reforzado (como hemos propuesto líneas arriba) y, para el caso de ausencia de TUPA, se formule un marco normativo aplicable que incluya (como lo hacen los proyectos preparados por la Comisión y la PCM): i) una descripción mucho más precisa y detallada que la vigente ahora que identifique cuáles son los procedimientos sujetos a aprobación automática y los diversos supuestos de silencios administrativos; y, ii) un régimen para las entidades que no cuentan con TUPA, que disponga que respecto de los procedimientos que deben ser aprobados automáticamente, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciarlos a fin de obtener la autorización previa para realizar su actividad social o económica, sin ser pasibles de sanciones por el libre

desarrollo de tales actividades; y que, respecto de las materias sujetas a procedimiento de evaluación previa, se sigue el régimen previsto en cada caso según el punto i) anterior.

De manera complementaria, y para darle flexibilidad al sistema de expedición de los TUPA, éstos, una vez aprobados por Decreto Supremo, norma de mayor jerarquía de otros poderes o de organismos constitucionalmente autónomos, o norma municipal o regional del mayor rango, deben poder modificarse por normas de menor jerarquía, si tal modificación no implica la creación de nuevos procedimientos, incremento de derechos de tramitación o requisitos. Así las modificaciones operarían mediante Resolución Ministerial del sector, Norma Regional de rango equivalente o Acuerdo Municipal, o por Resolución del titular del organismo autónomo conforme a la Constitución, según el nivel de gobierno respectivo.

En el mismo sentido, la vigencia anual debe ser eliminada y con ella la fecha límite de publicación de los TUPA aprobados o actualizados. Una razón adicional a favor de esta opción la encontramos en el hecho fácilmente comprobable de que la aprobación o actualización del TUPA se ha convertido en la ocasión perfecta que han encontrado las entidades para crear nuevos procedimientos y añadir requisitos y no sólo recopilarlos como era el objetivo original del TUPA.

En ese mismo orden de ideas, como un medio de control de esta irregularidad advertida, la base legal del procedimiento administrativo y de sus requisitos debería ser incluida en el TUPA, a pesar que el Decreto Legislativo 757 no lo exija. Actualmente es recogida sólo en pocos casos, lo que dificulta verificar si se está creando procedimientos o requisitos a través del mismo TUPA y que el administrado pueda recurrir a la norma legal que establece la obligación o trámite a cumplir.

- b) Se exige en la actualidad el cumplimiento a los administrados de procedimientos administrativos que no lo son.

Una consecuencia directa del desconocimiento de los principios de simplificación administrativa y de la falta de control del cumplimiento de éstos se revela en la tendencia de las entidades a establecer procedimientos administrativos cuando las normas sólo precisan la obligación de las personas de presentar información o comunicar algo a la administración. En esos casos, no se requiere la emisión por la administración de ningún acto administrativo que apruebe los documentos a presentar o la presentación misma. Un

ejemplo se presenta en el Ministerio de Trabajo con respecto al Registro de Contratos a Tiempo Parcial, el Registro Especial de Trabajadores a Domicilio o la aprobación y modificación del Reglamento Interno de Trabajo.

Al respecto, debemos tener presente que sólo cuando hay la necesidad de que la administración emita una declaración de voluntad o certifique algo estamos ante un procedimiento administrativo.

Asimismo, se da el tratamiento de procedimientos administrativos (y se incluye en el TUPA) a actividades que son verdaderamente servicios que brinda la administración y que no suponen, como señalamos antes, la emisión de una declaración de voluntad por la administración. A manera de ejemplo podemos mencionar la expedición de copias simples, la guardianía de vehículos, el uso de equipos (montacargas en el caso de los CETICOS) o el almacenaje, la realización de estudios de factibilidad (como cualquier particular en el caso del Instituto del Mar del Perú - IMARPE) o la venta de publicaciones.

Insistimos entonces en que sólo deben crearse procedimientos administrativos cuando existe verdadera necesidad por parte de la administración de emitir un pronunciamiento o certificar o declarar algo con respecto a las actividades de los administrados.

Sin embargo, en beneficio del usuario, sería conveniente dar un tratamiento a los "servicios" similar al de los procedimientos administrativos y aplicar los principios de simplificación administrativa a aquellos servicios prestados por el Estado a través de sus distintas entidades; pero únicamente a aquellos en los que el usuario no tiene posibilidad de obtener el servicio acudiendo a otro lugar o dependencia. Es decir, que sólo deben incluirse los servicios que el Estado presta en exclusividad o monopolio.

c) La tendencia a no aceptar la presunción de veracidad y, por ende, las declaraciones juradas o las copias o traducciones simples

Otro problema derivado de la prescindencia de los principios de simplificación administrativa, las limitaciones de la fiscalización posterior y la falta de un adecuado sistema de control del cumplimiento de las normas de simplificación administrativa es el consistente en el cotidiano y reiterado incumplimiento de las normas del Decreto Legislativo 757, que señalan que las copias simples de documentos estén o no certificadas por notarios, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones tendrán el mismo valor que los originales para el cumplimiento

de los requisitos de los procedimientos seguidos ante cualquier entidad de la Administración Pública; asimismo, las traducciones simples deben tener el mismo valor que las oficiales.

La efectiva aplicación de esta norma determinaría que, a pesar de que las normas legales o el mismo TUPA exijan requisitos distintos (originales o certificados), el administrado pueda presentar y el funcionario **esté obligado a recibir** los sucedáneos documentales. Eso no sólo no ocurre así sino que, en el extremo de la irracionalidad, en muchos casos se exige la presentación de originales y copias autenticadas por fedatario o por la misma autoridad que los ha emitido. Por ejemplo, el Ministerio de Educación exige la presentación del título original y además la copia autenticada por el Secretario General de la Universidad. Nada muy distinto ocurre con las traducciones oficiales. Asimismo, aún hoy, hasta donde hemos podido comprobar, al menos el Ministerio de Defensa y el Ministerio de Educación exigen traducciones oficiales.

La resistencia de la administración al cumplimiento de estas normas se justifica lamentablemente en la virtual inexistencia de la fiscalización posterior. Una salida transitoria a este *impasse* la fórmula tanto el proyecto de la Comisión como el de la PCM que señalan que la administración está obligada a aceptar "Copias simples autenticadas por los fedatarios institucionales, en vez de documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos". Para ello, cada unidad de recepción documental deberá contar con fedatarios que brinden gratuitamente sus servicios a los administrados, autenticando, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de ésta, o certificando firmas.

Por supuesto, y esto parecen olvidarlo los funcionarios, la administración no sólo está facultada para requerir en cualquier estado del procedimiento la exhibición del original presentado para la autenticación por el fedatario, sino que, en caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, incurriéndose en causal de nulidad del acto administrativo, sin perjuicio de la multa o sanción penal correspondiente.

d) La exigencia de información que obra en poder de la administración

La solicitud de documentación que obra en poder de la entidad o la exigencia frecuente a los administrados

de seguir procedimientos ante la misma entidad u otra distinta para obtener dictámenes que podría tramitarlos directamente ésta, contraviniendo las normas de simplificación administrativa, está en directa relación con el desconocimiento de los principios de simplificación administrativa y con la falta de control del cumplimiento de los mismos.

Paradójicamente, éste puede ser un problema que, si se trata de solucionar trasladando la responsabilidad de conseguir la información del administrado a la misma entidad, puede perjudicar al administrado por la mayor demora que esta vía signifique para obtener la información requerida. En ese sentido, este esfuerzo debe realizarse paralelamente a una mejora en la organización y coordinación entre entidades; ya que los problemas de desorganización de la administración pública o de falta de coordinación entre entidades no deben ser asumidas por los administrados.

Al respecto, el proyecto de LNGPA y el de la PCM incluyen una salida transitoria: el prohibir a las entidades solicitar información que poseen o deben poseer en virtud de algún trámite realizado por el administrado en cualquiera de sus dependencias o por haber sido fiscalizado por ellas durante los cinco años anteriores inmediatos, siempre que los datos no hayan sufrido variación o haya vencido la vigencia del documento entregado. Sin embargo, el administrado puede optar por la entrega de la información aun cuando no tenga la obligación de hacerlo.

e) El monto de los derechos de tramitación

Este problema no sólo revela un desconocimiento de los principios y objetivos de la simplificación administrativa o la virtual inexistencia de mecanismos de control, sino, más aún, es una expresión de la total desorientación de la administración con respecto a qué son los derechos de tramitación y cómo deben determinarse.

Las normas vigentes sobre simplificación administrativa pretenden que las entidades no lucren con la realización de procedimientos administrativos sino que cobren sólo por lo que su tramitación les significa. La situación ideal consistiría en que a través de otros tributos se financie indirectamente a las entidades para la realización de los procedimientos administrativos, y no exista ocasión para los pagos por derechos de tramitación de los procedimientos. Dado que eso no es posible, se debe cobrar por la tramitación del procedimiento estrictamente el importe del costo que su ejecución genera para la entidad; y, en su caso, por el costo real de producción de documentos que

expida la entidad. El Decreto Legislativo 757 hace referencia como criterio de determinación de los derechos de tramitación al "costo marginal" lo cual, a decir de los economistas, es casi imposible de calcular. Por otro lado, y desconocemos con qué criterio, se prohíbe cobrar más de una UIT por procedimiento.

La aplicación real de todas estas normas podría describirse según lo siguiente: la administración cobra por lo general lo que quiere, sin ningún criterio técnico (o al menos uniforme) y el administrado sólo sabe que una UIT es el límite. Este "límite" a su vez es sobrepasado por las entidades porque cuando el procedimiento tiene un mayor costo (como es el caso del proceso de adopción o el de varios procedimientos que incluyen inspecciones especializadas y costosas) se divide el procedimiento en tantos otros como UITs se requieran cobrar, determinando así que el administrado deba seguir varios procedimientos en lugar de uno solo.

A nuestro entender, el límite de una UIT debe ser eliminado, y más allá de establecer en una norma que: i) el cobro de derechos de tramitación procederá únicamente cuando dichos procedimientos sean seguidos a solicitud de parte y siempre que la tramitación correspondiente implique para la entidad la prestación de un servicio inherente a dicho trámite; y, ii) que el monto de los derechos no podrá exceder el costo real del servicio sustentado por la oficina de administración de la entidad competente, bajo responsabilidad; debe disponerse (como hace el proyecto de la PCM) que si existen tributos o partidas presupuestales específicas destinadas a financiar directamente las actividades de la entidad, tampoco podrán establecerse derechos de tramitación (éstos no deben ser utilizados como mecanismos para incentivar o desincentivar la tramitación de procedimientos) y, por otro lado, que la entidad debe estar obligada a reducir los derechos de tramitación en los procedimientos administrativos si, como producto de su tramitación, se hubieren generado excedentes económicos en el ejercicio anterior.

Estas normas son necesarias para orientar tanto a la administración como al público en general y también para facilitar el control por parte de las entidades a cargo de garantizar el cumplimiento de las normas de simplificación administrativa. Es un requerimiento urgente de la administración pública que se precisen los criterios y procedimientos para la determinación de los costos de los procedimientos y servicios que brinda la administración y para la fijación de los derechos de tramitación. Este fin lo podría cumplir la PCM en su tarea de asesoría con el apoyo del Ministerio de Economía y Finanzas.

No podemos dejar de mencionar lo “indispensable” del control en este tema, pues los cobros excesivos se explican no sólo por la falta de conocimiento de las entidades sobre cómo se determinan los derechos de tramitación, sino también porque en ocasiones se cubren carencias presupuestales con los cobros hechos en procedimientos administrativos. Claro que si se eliminan tales cobros se atenta contra la eficiencia de la entidad, pero no debemos perder de vista que son impuestos encubiertos aplicados a la población. Sólo a manera de ejemplo, recordemos el caso de más reciente discusión con respecto al monto de derechos de tramitación: el pago por la expedición de pasaporte. Asimismo, otras distorsiones se presentan en los casos de las entidades que en la mayoría de sus procedimientos no cobran, pero con el cobro en uno de sus procedimientos cubren más de la mitad de su presupuesto; el de otras que cobran “sobretasas” por presentación extemporánea, cuando lo que deberían aplicar en todo caso, y si está así establecido, son multas; o, el de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) que cobra por inscripción de inmuebles en función del valor de éstos y no del costo de los procedimientos.

El control se hace aún más necesario pues, si bien la entidad debe estar autorizada para el cobro de derechos por una norma con rango de ley, los referidos derechos de tramitación y su monto se establecen en el ámbito del Poder Ejecutivo por Decreto Supremo, ya que en materia de tasas el Poder Ejecutivo, a partir de la Constitución de 1993, tiene poder tributario originario⁷.

e) Problemas en la calificación de los procedimientos

Otros problemas relacionados con el desconocimiento de los principios y objetivos de la simplificación administrativa y la falta de control de su cumplimiento es la tendencia de los funcionarios a establecer procedimientos de evaluación previa, en los que se aplica el silencio administrativo negativo o procedimientos no regulados, cuando según las normas, tales supuestos son absolutamente excepcionales y la regla general es la vigencia de la aprobación automática (artículos 24 y 25 del Decreto Legislativo 757)⁸.

Por otro lado, muchos procedimientos que deben ser de aprobación automática son calificados como “no regulados”. Por ejemplo, cuando no estamos ante la

emisión de un documento o resolución sino de procedimientos como la apertura o el sellado de un libro o de hojas (por ejemplo, en el caso de las planillas). Lo mismo ocurre, cuando el plazo que requiere la entidad para la evaluación previa es mayor al de 30 días señalado en el TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en cuyo caso los funcionarios parecen entender que, al ser el plazo mayor, el procedimiento sale del campo de lo regulado por el Decreto Legislativo 757.

Del mismo modo, cuando en los procedimientos de aprobación automática, debe necesariamente emitirse un documento (por ejemplo, la licencia de conducir o una copia certificada), pero no se hace **inmediatamente**, tiende a calificarse el procedimiento por esta falta de “inmediatez” como de “evaluación previa”, aun cuando no haya evaluación alguna. Al respecto, debe tenerse presente que la falta de “inmediatez” no altera la calificación de aprobación automática, que se caracteriza por la inexistencia de evaluación previa, lo cual no impide la expedición de un documento con posterioridad, que no tiene la calidad de “pronunciamiento” posterior.

Como sabemos, de acuerdo al Decreto Legislativo 757 y su reglamento, son procedimientos sujetos a evaluación previa pero no regulados: los procedimientos tributarios, los que resuelven cuestiones contenciosas entre particulares, los de adquisición de bienes por o para el Estado, los de concesiones de obras de infraestructura o de servicios públicos y aquellos así calificados por ley.

La mayoría de procedimientos calificados como no regulados en los TUPAs no se condicen con las referidas normas y esta clasificación se ha convertido en una válvula de escape, ya que la decisión sobre el tipo de procedimiento queda en manos de los mismos funcionarios públicos sujetos a un control muy débil.

Como sabemos, y no parece querer entender la administración pública, la existencia del silencio administrativo se justifica como el correlato de la obligación que tiene el administrado de acudir ante ella a realizar trámites; lo cual obliga a su vez a la autoridad a resolver una cuestión planteada por los administrados dentro de un plazo cierto. Para sustituir esa expresión de la administración, es decir, ante la inacción estatal, se establece una presunción en

⁷ DANÓS, Jorge. “El Régimen Tributario en la Constitución: Estudio Preliminar” En: Themis-Revista de Derecho. número 29 Segunda Época. Lima, 1994. p. 131.

⁸ Éste es otro problema que, al igual que el de la inobservancia de la presunción de veracidad, está relacionado con la escasa fiscalización posterior que realizan las entidades.

favor del administrado, en virtud de la cual, transcurrido un plazo determinado, se deriva una manifestación de voluntad estatal con efectos jurídicos estimatorios o desestimatorios. El silencio administrativo opera en los procedimientos iniciados a solicitud de parte o cuando el administrado ha impugnado una resolución.

En ese mismo sentido, sería conveniente que se eliminen los así denominados "procedimientos no regulados". Esta propuesta se orienta a que todo procedimiento tenga un plazo. No deben existir procedimientos que signifiquen excepciones al régimen de silencios, positivos o negativos. El ciudadano debe conocer con toda certeza el plazo máximo dentro del cual se producirá el pronunciamiento de la administración. Toda excepción al sistema de silencios o el establecimiento de plazos especiales debe ser aprobado por norma con rango de Ley.

Una vez más, encontramos problemas que se producen por el desconocimiento de la administración con respecto al sentido de instituciones como la aplicación de silencios administrativos, y la procedencia de los principios de simplificación administrativa, y por la falta de un eficaz mecanismo de control del cumplimiento de los principios y normas de la simplificación administrativa.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Este texto contiene una descripción de problemas y de propuestas de la simplificación administrativa que giran en torno a la necesidad urgente de:

- a) Mejorar el sistema de seguimiento y control de las normas de simplificación administrativa; con especial atención sobre las que se refieren a la fiscalización posterior por la indudable importancia del papel que cumplen en las distorsiones que enfrenta la simplificación administrativa en el Perú; y,
- b) Dirigir más la atención a los principios y objetivos de la simplificación administrativa que al TUPA y toda la problemática que lo rodea.

Los demás problemas y propuestas se resolverán en gran forma a partir de las medidas concretas que se adopten conforme a lo anterior.

Muchas de las propuestas esbozadas en este texto implicarán modificaciones normativas que, idealmente, deberían propiciar el que se dicta una ley que reemplace, integre y codifique en un solo cuerpo orgánico las normas vigentes en materia de simplificación administrativa tales como la Ley de Simplificación Administrativa y su Reglamento y el Título IV de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y su Reglamento, así como las normas sobre el tema recogidas en el T.U.O. de la Ley de Procedimientos Administrativos y sus modificatorias. Ello sería de mucha utilidad tanto para la administración como para los administrados porque la cantidad y dispersión normativa actualmente vigente y la incertidumbre sobre su aplicación favorece el incumplimiento de los principios y normas sobre simplificación administrativa.