

ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO: ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Joslin Gabriel Suárez Jácome

Rubén Méndez Reategui

1. Introducción

La globalización impacta en la evolución (crecimiento y contracción) de los mercados en todos los sectores productivos y esto, puede ocasionar que las industrias nacionales se vean favorecidas y/o afectadas.³ Asimismo, para generar un mecanismo de pesos y contrapesos a través de la acción colectiva (regulación) que afectan a los distintos sectores productivos de un país, el estado emite resoluciones que regulan esta actividad. Se busca, además, proteger el dólar dentro de nuestra economía y a la industria nacional. Sin embargo, las disposiciones legales y administrativas introducidas por el estado no siempre introducen un verdadero estudio de costo-beneficio y potencialmente, sus decisiones regulatorias pueden tener un efecto no deseado y afectar negativamente a los productores nacionales y a la economía.

A pesar de que en la actualidad este escenario no constituye un ejemplo de problema de gobernanza que le resulte ajeno al planificador social ecuatoriano, la salida recurrente ha sido proponer “nuevamente” mayores controles a partir de una

3 Este capítulo se inserta dentro del marco de actividades del grupo de investigación GIDE Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Proyecto 4 Mejora Regulatoria).

-criticable- perspectiva de *comando y control*. Lamentablemente, estos candados no logran solucionar definitivamente escenarios de fracaso regulatorio y esto refleja que la premura con que se introducen mecanismos de acción colectiva por parte de la administración pública no deriva en resultados socialmente eficientes. Por esta razón, este capítulo revisa algunos de los presupuestos iniciales detrás de las resoluciones y decisiones introducidas por las entidades administrativas a la hora de regular -aleatoriamente- ciertos sectores de la economía nacional.

2. Consideraciones preliminares e implicancias

El Análisis del Impacto Regulatorio (RIA) es una herramienta que ha comenzado a tomar fuerza en los últimos años en la región, en la medida que países latinoamericanos como Colombia, Perú u otros, han considerado su relevancia (junto a otros instrumentos como el análisis costo-beneficio y el análisis de calidad regulatoria) para impactar positivamente en el proceso de mercado a través del proceso regulatorio. Como sostiene Viscusi, este proceso se expresa a través de la regulación económica que en primer lugar alude a las restricciones impuestas por el gobierno sobre el precio, la cantidad [de productos], y barreras de entrada o salida [al mercado]. Estas decisiones se consolidan a través en diversos cuerpos legales, pero en términos de impacto dentro de la economía destacan aquellas que recaen en los órganos de la administración con objetivo correctivo de actos previos.

Estas resoluciones administrativas que persiguen enmendar reglas de juego defectuosas se emiten cuando una resolución previa ha comenzado a generar problemas a particulares. Es en este contexto que una herramienta como el análisis del impacto regulatorio (RIA) sale a relucir por su ‘ausencia temporal’.

3. Análisis del Impacto Regulatorio (RIA)

El análisis del impacto regulatorio es una herramienta que ha promovido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que conlleva la aplicación de un análisis -profundo- del costo-beneficio, respecto a las regulaciones que adopte el Estado. El uso de esta herramienta va dirigida no sólo al gobierno central, sino a todas las que tengan *facultad regulatoria*. Esta herramienta ha sido desarrollada con el pasar de los años, y se tomaron como referencias modelos económicos propuestos por la academia en los Estados Unidos y Europa. En estos contextos socioculturales ha destacado la pericia de los funcionarios a la hora de promover regulación debidamente fundamentada, con datos precisos y con una comprensión técnica de *problema en específico* que se busca resolver.

Sin embargo, también se ha considerado que para hacer de esta herramienta un “insumo” mucho más eficaz, se necesita que las personas naturales y/o jurídicas puedan participar. Esto ha conllevado la necesidad de incluir a los sectores para los cuales va dirigida la regulación, de manera que se pueda llegar a una solución mucho más efectiva y práctica. Entre sus efectos

positivos podemos mencionar que el sector privado no requiere asumir una *conducta oportunista* frente al marco institucional y buscar mecanismos que le permitan evitar perjuicios propios de un entorno de reglas impredecible (ej. acudir “irracionalmente” al uso del proceso contencioso administrativo). Además, dejar de lado conductas oportunistas también puede resultar beneficioso en términos sistémicos. Por ejemplo, un beneficiado sería el sistema judicial al ver reducida la carga procesal: las personas naturales y/o jurídicas que puedan verse potencialmente afectadas por la expedición de cierto acto administrativo o regulación no recurrirán al litigio en contra del estado como mecanismo de solución de afectaciones.

Los estudios realizados a la fecha por la OCDE muestran que los países afiliados han optado por la implementación del RIA, conforme pasan los años. Sin embargo, a pesar de su ‘inicios’ se remontan al año 1974, todavía continúa siendo un ámbito nuevo y de poco desarrollo en legislaciones como la ecuatoriana aquejadas por reglas arbitrarias y perjudiciales desde un punto de vista de la tutela efectiva al interés general en congruencia con la preservación del proceso competitivo y de mercado democráticos.

Es importante señalar cuales son los lineamientos o criterios rectores que aborda el RIA, con el fin de comprender el porqué de su importancia:

- a) El *motivo de la propuesta normativa* que intenta establecer los objetivos para los cuales se propone la regulación como alternativa y que estos se aborden eficazmente.
- b) La *finalidad pública*, busca un contexto social específico y que merezca una regulación.
- c) El *conocimiento pleno* (oportuno y pertinente) de la materia a abordar. Esto requiere información que puede provenir de distintas dependencias del estado e incluso del sector privado. Incluso de esta manera se fomenta la cooperación mutua entre regulador y regulados.
- d) La *necesidad y la viabilidad de la propuesta*, que consiste en determinar si la decisión que se va a tomar necesita ser de carácter general o específico, puntualizando para quienes va dirigida esta norma. Asimismo, se tienen que prever los efectos que una norma pueda causar para los particulares o para la sociedad (ej.: implica analizar de manera detallada el costo-beneficio que la regulación pueda propiciar, incluso considerar los riesgos de corto, mediano y largo plazo si al final se decide no emitir la resolución.
- e) La legalidad, que supone que ninguna decisión puede ser tomada por un ente que no tenga la competencia para expedir el acto o la regulación, por lo tanto, se deberá de tener en cuenta las competencias del órgano que expide cierta resolución.
- f) La *coherencia con el resto del ordenamiento jurídico*, es decir que las decisiones tomadas por las distintas dependencias del

gobierno no podrán contradecir las normas superiores en jerarquía . De esta manera se busca otorgar seguridad jurídica a toda la sociedad, ya que las decisiones que puedan ser tomadas por los distintos órganos de gobierno, no deben implicar actos que arbitrariamente perjudiquen a la población en general.

Además de estos lineamientos, se enuncia que dentro del contenido de las resoluciones regulatorias no se podrá utilizar términos vagos o ambiguos que dejen duda a quienes va dirigido dicho acto; y si se utiliza algún tecnicismo, se tendrá que definir en el mismo acto lo que se quiere abordar.

Por lo antes descrito, se puede inferir que estos lineamientos funcionan de modo similar que requisitos de validez. Estos ‘requisitos’ constituyen la guía más apropiada y adecuada para una correcta expedición de resoluciones regulatorias. Finalmente, cuando los países han decidió adoptar el RIA como una herramienta, lo ‘positivizan’ en sus legislaciones, de manera que resulten vinculantes para funcionarios de la administración.

4. Rol de algunas entidades del estado y el marco legal: Consideraciones para la implementación del RIA

En Ecuador, son numerosas las leyes a través de las cuales el Estado implementa sus políticas públicas. La legislación ecuatoriana reconoce la necesidad de regular -proactivamente- el mercado. En sentido, la Constitución de la República en el art.

227, reconoce varios ‘principios’ sobre la planificación económica que tendrá que decidir el Estado. Dentro de estos se encuentran el de *coordinación* y el de *planificación*; de lo cual se puede inferir que, a la hora de emitir cualquier acción, se tendrá que planificar detalladamente y coordinar información con los particulares.

Asimismo, en el art. 305 se establece que la creación de mecanismos regulatorios como por ejemplo los aranceles resulta competencia exclusiva de la Función Ejecutiva. Y en el art. 304 se enuncian los objetivos de la política comercial y en el inciso 2 se dicta que se tendrán que tomar acciones regulatorias para impulsar el crecimiento de las empresas particulares.

En el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (art 74) se establece que le corresponde al Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) actuar de órgano rector para analizar limitaciones, riesgos y consecuencias de las decisiones fiscales que puedan condicionar a las finanzas públicas, es decir, que afecten -potencialmente- la recaudación y también el intercambio de capital entre agentes económicos con la finalidad de no perjudicar a la situación económica del país.

Otra norma de importancia que denota la pericia que deben tener las entidades que regulen el mercado, es la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), ya que, en su reglamento, en el que se detalla con más precisión las atribuciones que tiene la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado (art. 50) se establece

que la junta de regulación tendrá la competencia de la regulación económica, técnica y de acceso. Por regulación económica se alude a las medidas que se deban tomar para establecer bases para la formulación de precios y tarifas. Por otra parte, en la regulación técnica, se trata igualmente de dar seguimiento a las normas expedidas que esta vez regulen precios y tarifas.

Por lo antes expuesto, se puede sostener que, a las entidades encargadas de emitir resoluciones regulatorias económicas, se les reconoce la competencia para realizar la expedición, revocatoria, control y seguimiento. Pero el problema nuclear en este entramado es que no existe ninguna norma que les faculte a que de una manera detallada se enumeren los pasos que se tienen que seguir, entre otros. El único documento que se ha emitido por parte del estado como una forma de ayuda, pero sin carácter vinculante, es el Toolkit sobre Estudio de Impacto Regulatorio, publicado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo en el año 2014. Este documento describe los aspectos que deben ser desarrollados por el RIA de manera puntual. Adicionalmente, se enlistan los diversos beneficios que se perciben al utilizar esta herramienta y el proceso de implementación que conlleva. Pero ya que este documento no ostenta carácter vinculante, es decir, que deba ser cumplido por las agentes a quienes va dirigido, carece de eficacia y, por lo tanto, las resoluciones que emiten las entidades competentes para regular el comercio resultan muy ambiguas y limitadas para solucionar problema vigentes. Además, tampoco prevén más problemas que se puedan suscitar cuando dicho acto carezca de vigencia o cuando algún particular se comience

a beneficiar (conducta estratégica) en perjuicio de otros por dicha limitación.

En resumen, el estado todavía tiene como pendiente generar herramientas de carácter técnico que permitan a dichas entidades resolver problemas derivados de la expedición de una regulación y evitar que con dicha expedición se perjudique a particulares.

5. ¿Cómo se ha abordado el RIA dentro del Ecuador?

En Ecuador, el RIA no se ha implementado -formalmente- dentro de ningún ámbito sectorial de manera extensiva, lo cual perjudica a muchos sectores ‘productivos’. A pesar de que también se debería considerar que el RIA no solamente tiene alcances dentro de lo concebido tradicionalmente como “económico”, sino en todas las áreas concernientes a la convivencia en sociedad. Consideramos que el RIA podría solucionar varios problemas en el proceso de expedición normativa del Ecuador, y probablemente, con el tiempo el legislador podría visualizar de forma más palpable sus múltiples beneficios y no limitarse a criticar la ‘falta de técnica legislativa’.

El RIA facilitaría que las distintas entidades reguladoras del mercado en el Ecuador tomen decisiones más acertadas favoreciendo a los sectores estratégicos del país. Este tipo de esfuerzo tendrían a su vez un efecto positivo sobre ‘otros

ámbitos' como el control para evitar el lavado de dinero y la defraudación tributaria.

En un principio, son todavía escasas las propuestas por parte de cualquier órgano que permitan implementar este tipo de herramientas en nuestra legislación. Existe un gran camino que recorrer y las autoridades dicen no terminan de considerar su utilidad. En tal sentido, se apela a que las normas defectuosas puedan ser 'corregidas' a través de la interpretación. Otro de los grandes desafíos, es perfilar una entidad dentro del gobierno, que se encargue de implementar el RIA y hacerlo extensivo a todas las dependencias de gobierno con el fin de mejorar no solamente la generación sino también el cumplimiento normativo.

Tal vez, como se sugiere, se debería comenzar por algún sector estratégico, para que de esta manera el gobierno pueda apreciar de manera significativa, los beneficios que conlleva el uso de herramientas como el RIA. Un ejemplo de esto es Perú, que comenzó por introducir el RIA en el área de telecomunicaciones de tal manera que se impactó favorablemente en sector y por consiguiente en el servicio (lo cual también se potenció a través de controles *a priori* y *a posteriori*). Por lo tanto, sería importante analizar la factibilidad de implementar el RIA dentro de un sector estratégico y, con el tiempo, extenderlo a otros ámbitos (se conoce que actualmente el RIA existe en el ámbito energético, pero sin haberse diseminado).

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que además de la eficiencia otro criterio pilar para la aplicación del RIA en el Ecuador debe ser la eficacia. Este criterio puede desembocar en una gran cantidad de herramientas complementarias por cuanto obliga al estado a manifestarse de manera puntual y oportuna, es decir, precautelando no solo los intereses de los particulares sino de las personas en general.

6. Conclusiones

Se debe comenzar a implementar de manera parcial el análisis del impacto regulatorio en nuestra legislación, para reducir el impacto de legislación y reglamentación ineficiente. Por lo tanto, resulta pertinente proponer alternativas que promuevan mayor competitividad institucional y por tal razón, el análisis del impacto regulatorio en complemento con el *compliance* se constituye en una alternativa factible. Las experiencias de otros países resultará de gran ayuda para dar el primer paso en la implementación de estas herramientas de gestión de la acción colectiva.

Además, herramientas como el RIA serán útiles para reducir e incluso evitar el efecto perverso de las malas regulaciones pasadas y actualmente en plena vigencia. De funcionar, una herramienta como el RIA permitirá que nuestro entorno regulatorio alcance mayor *fortaleza institucional* y eso a su vez genere confianza en los agentes económicos (permitiendo que se sientan más seguros, y de esta forma, apuntalar un crecimiento económico democrático e inclusivo.