

S MONTENEGRO “Retos regulatorios de Colombia frente a la OCDE: implementación del Análisis de Impacto Regulatorio (AIR)”, Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos, – IAED, 2015.

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO**

**Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales
Contemporáneos. Promoción XXXI**

TESIS

**RETOS REGULATORIOS DE COLOMBIA FRENTE A LA OCDE:
IMPLEMENTACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (AIR).**

SANDRA LILIANA MONTENEGRO CARDONA

DIRECTOR: DANIEL ALEJANDRO MONROY CELY

BOGOTÁ, COLOMBIA

2015

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1	6
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (AIR).....	6
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL AIR	6
1.2 ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO?.....	9
1.3. BENEFICIOS DE APLICAR EL AIR	15
1.3.1. El AIR y sus efectos en el desarrollo económico: La perspectiva neoinstitucionalista.....	19
1.4. EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN LA OCDE	25
CAPÍTULO 2	38
LA EXPERIENCIA DE PAÍSES MIEMBROS DE LA OCDE.....	38
CHILE, MÉXICO Y AUSTRALIA	38
2.1 CHILE	39
2.2 MÉXICO	53
2.3. AUSTRALIA	74
CAPÍTULO 3	83
ANTECEDENTES DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN COLOMBIA.....	83
3.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA HERRAMIENTA	84
3.2. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE MEJORA NORMATIVA – CONPES 3816 DE 2014	91
CAPÍTULO 4	99
CONSTRUYENDO EL CAMINO HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN COLOMBIA	99
4.1 CONDICIONES PREVIAS A LA INTRODUCCIÓN DEL AIR.....	99
4.1.1. Compromiso Político.....	100
4.1.2. Los Costos de implementación y funcionamiento	103
4.1.3. Los proyectos Piloto	109
4.2. ESTRUCTURA DEL SISTEMA AIR	110
4.2.1. Marco Institucional.....	111
4.2.2. Ámbito de Aplicación.....	119
4.2.3. Efectos Jurídicos del no cumplimiento del AIR	128
4.2.4. Tipo de Análisis.....	131
CONSIDERACIONES FINALES	136
ANEXO 1	141

MANUAL PARA LA ELABORACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS-PROYECTOS DE DECRETO Y RESOLUCIÓN.....	141
BIBLIOGRAFÍA.....	146

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Proceso de dictaminación de anteproyectos en costos	68

INTRODUCCIÓN

En mayo de 2013, la OCDE con el objetivo de extender su labor en el mundo y diversificar su membresía, reforzando su posición como referente en el establecimiento de estándares internacionales y mejores prácticas, decidió iniciar conversaciones de adhesión con Colombia y Letonia. Con esta invitación, Colombia intensificó las relaciones de colaboración con esta organización y aceleró algunos procesos de reforma que ya había dispuesto en su Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, con el fin de ajustarse a los lineamientos dados por la OCDE en diferentes campos y lograr su entrada formal a dicho organismo.

Posteriormente, el 25 de octubre de 2013, se realizó formalmente el lanzamiento del proceso de adhesión de Colombia a la OCDE, en reunión presidida por el Secretario General de la OCDE, Ángel Gurría, y con la participación del Presidente Juan Manuel Santos, durante la cual se resaltaron las ventajas que traerá para Colombia ingresar a la organización, y se reiteró el apoyo constante de la misma durante todo el proceso. Adicionalmente se dio a conocer la *hoja de ruta* que debe seguir el país para conseguir su adhesión.

El primer paso para Colombia consistió en la presentación de un *Memorandum Inicial* en el que debía establecer su posición con respecto a 250 instrumentos legales de la OCDE. Lo anterior, implicaría una serie de revisiones técnicas realizadas por expertos de la organización para una evaluación formal de las políticas de Colombia en sus diferentes áreas de competencia (inversiones, gobierno corporativo, mercados financieros, competencia, impuestos, medio ambiente, gobernanza pública, política regulatoria, economía, educación, empleo, trabajo y asuntos sociales, entre otros).

Fruto de este proceso, la OCDE ha publicado algunos estudios sobre el desempeño de Colombia en las áreas mencionadas, que realizan un diagnóstico de la situación y con base en él, plantean una serie de recomendaciones que debería seguir el país con el fin de ajustarse a los lineamientos y buenas prácticas de la organización.

Así las cosas, Colombia se enfrenta a varios retos políticos y económicos para culminar con éxito el camino hacia el ingreso a la OCDE. Uno de estos retos consiste en mejorar la calidad de la regulación que redunde en desarrollo y crecimiento económicos, para ello el Gobierno Nacional deberá formular una política de mejora regulatoria adecuada de acuerdo a los lineamientos dados por la organización en el documento denominado “*Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa*”, publicado en abril de 2014.

Dicho documento realiza un diagnóstico sobre la política regulatoria en Colombia y establece que el país si bien ha *avanzado en la implementación* de diversos aspectos de mejora regulatoria,

“...aún carece de una política de mejora regulatoria con un enfoque de gobierno completo y requiere repensar el diseño institucional para una implementación coherente de diferentes herramientas regulatorias. También necesita adoptar un enfoque sistemático para controlar y revisar la justificación y la lógica detrás de los trámites y, sobre todo, de las regulaciones”. (OCDE, 2014a).

Así mismo, encuentra que el Gobierno ha prosperado en la implementación de algunos estándares de calidad regulatoria en la preparación e implementación de la regulación y en la eliminación de trámites innecesarios que pueden afectar las empresas y la prestación de algunos servicios. Se reconocen además los progresos en el tema de transparencia administrativa y rendición de cuentas frente a los ciudadanos, gracias al impulso que ha dado el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a iniciativas como *Gobierno en Línea*.

De otro lado, la OCDE determina que a pesar de que existen algunas medidas para promover la calidad regulatoria, estas se encuentran dispersas en diversas entidades, lo que puede generar duplicidad. A modo de ilustración señala:

“El Departamento Nacional de Planeación (DNP) encabeza el debate sobre la mejora regulatoria; el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) es el líder de la política anti-trámites; el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC) dirige la estrategia de Gobierno en línea; el Ministerio de

Comercio, Industria y Turismo (MCIT) es responsable de coordinar las regulaciones de carácter técnico y los procedimientos de evaluación de conformidad; el Ministerio de Justicia y del Derecho es líder en políticas jurídicas; las comisiones de regulación se ocupan de sectores económicos específicos, y las Superintendencias vigilan la implementación de la regulación” (OCDE 2014a, pág.15).¹

Adicionalmente, la organización afirma que Colombia no cuenta con estándares integrales sobre cómo preparar nueva regulaciones, como quiera que durante el proceso regulatorio, la administración se concentra únicamente en una revisión jurídica², mas no cuenta con una metodología clara de evaluación que permita identificar el posible impacto de una nueva regulación. Añade que si bien, el Gobierno ha manifestado su interés en implementar el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) en aras de mejorar la calidad de las nuevas regulaciones y existen algunos antecedentes sobre el uso de esta herramienta, la misma no se encuentra consolidada, por lo que se requiere que se establezcan con claridad los criterios necesarios para su implementación.

Frente a este panorama, es claro que Colombia enfrenta varios retos para lograr la formulación de una política regulatoria adecuada, que seguramente implicará cambios institucionales, normativos y culturales. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la formulación de una política regulatoria contiene distintos elementos, se considera pertinente, para efectos del presente trabajo, concentrarse en uno de ellos a fin de desarrollarlo adecuadamente.

En concreto, el objetivo del presente trabajo será desarrollar uno de los aspectos que la OCDE señala como fundamentales para estructurar la política regulatoria en Colombia, esto es, la implementación de la herramienta denominada “Análisis de Impacto

¹ Esto se presenta según la OCDE (2014a. Pág. 16), porque no existe una institución única responsable de impulsar la mejora regulatoria en la administración de Colombia, lo que muestra la fragmentación de la gestión regulatoria. Adicionalmente, esto ha generado que las instituciones encargadas de la regulación no trabajen de forma coordinada y bajo la visión coherente de la mejora y calidad regulatoria.

² “Cuando se preparan leyes, por ejemplo, se realiza una revisión cuidadosa de la constitucionalidad de las iniciativas de ley a fin de evitar controversias futuras con la Corte Constitucional. Las revisiones de la calidad jurídica también se realizan para la regulación secundaria.” (OCDE, 2014a, pág. 21)

Regulatorio”³. La cual constituye un instrumento necesario para garantizar la calidad de las nuevas normas, para promover la coherencia de las políticas, y para evidenciar los intereses involucrados en una reforma regulatoria, identificando quién puede beneficiarse o quien puede verse afectado, y si los beneficios son mayores a los costos, a fin de establecer si es pertinente regular y de ser así, cual es la mejor alternativa para hacerlo.

Para ello nos formulamos la siguiente pregunta: ¿Qué representaría para Colombia implementar el análisis de impacto regulatorio como parte de la política de mejora regulatoria y cómo debe llevarse a cabo dicha implementación?

Al respecto sostendremos que la implementación de Análisis de Impacto Regulatorio, resulta fundamental en la construcción de la política de mejora regulatoria, como quiera que permitirá examinar *ex ante* los posibles costos, beneficios y efectos esperados de una nueva regulación, con el fin de optimizar la implementación de las políticas públicas. Igualmente, puede contribuir a aumentar la transparencia y legitimidad del proceso regulatorio gracias a la consulta pública. Sin embargo dicha implementación requiere afrontar varios desafíos que incluyen cambios normativos e institucionales, así como un cambio cultural enfocado hacia la necesidad de mejorar la calidad de la regulación. Así mismo, será necesaria la correcta definición de parámetros básicos de implementación, los cuales, si bien deben atender los lineamientos de la OCDE y la experiencia de otros países, tendrán que estar acordes con las particularidades propias del ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, para sustentar esta hipótesis, el presente trabajo se dividirá en cuatro partes. En la primera se realiza un acercamiento a la herramienta denominada “análisis de impacto regulatorio”, con el fin de conocer su origen y principales antecedentes, teniendo en cuenta que si bien la misma data de los años ochenta, en Colombia su desarrollo ha sido mínimo. Así mismo, veremos en qué consiste y cuál ha sido su desarrollo, para luego establecer cuáles con los principales beneficios que trae su aplicación de manera

³ “El AIR es fundamental para consolidar un enfoque regulatorio integral, puesto que es una herramienta que proporciona elementos objetivos, tales como costos, beneficios y opciones, para la toma de decisiones.” (OCDE, 2014A)

sistemática, para ello, se utilizará como marco teórico el Neoinstitucionalismo, que parte de la relación que existe entre buenas instituciones y desarrollo económico. Finalmente, se concluirá con un recorrido por el desarrollo que ha tenido dicha metodología en la OCDE, a fin de ir fijando los parámetros que deberá seguir Colombia.

En la segunda parte, conoceremos como ha sido el proceso de implementación del AIR, en algunos países de la OCDE como Chile, México y Australia. Lo anterior, con el fin de evaluar dichas experiencias y de esta forma, tomar los elementos positivos y negativos y poder utilizarlos como insumo en el proceso de construcción de los estándares bajo los cuales se dará la implementación de la herramienta en nuestro país.

Posteriormente, en el capítulo tercero, luego de conocer la experiencia de otros ordenamientos, se indagará sobre los antecedentes del análisis de impacto regulatorio en Colombia, a fin de establecer los acercamientos que se han tenido frente a la herramienta ya sea por disposición legal o reglamentaria, para lo cual se hará un recorrido por las normas que de una u otra manera consagran elementos propios de la metodología objeto de estudio. Luego de ello, se analizará el documento Conpes 3816 cuya intención es la de sentar las bases para la implementación del AIR y señalar un curso de acción inicial para tal efecto.

Finalmente, en el capítulo cuarto, fijaremos en primer lugar los aspectos que deben considerarse previo a comenzar el proceso de implementación del AIR en Colombia y posteriormente, con base en las recomendaciones de la OCDE, la experiencia de otros ordenamientos y el plan del gobierno incluido en el Conpes mencionado, nos permitiremos plantear los parámetros básicos que deberán definirse claramente acerca del sistema AIR, con el fin de que el proceso culmine de manera exitosa.

Por último, se plantearán unas consideraciones finales a título de conclusión para determinar cuáles son las perspectivas en materia de implementación y uso sistemático del AIR en Colombia y qué queda por hacer.

CAPÍTULO 1

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (AIR).

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL AIR:

A principio de los años 80, y durante los gobiernos de Margaret Thatcher en Reino Unido y Ronald Reagan en Estados Unidos, surgió una tendencia de desregulación que implicaba la mínima intervención del Estado en la economía, la misma tendencia fue seguida por algunos países del norte de Europa y de Latinoamérica.

Años después, esta tendencia fue suavizada, y la consigna pasó de ser “menos regulación”, a “mejor regulación”. Ya no se trataba entonces de que la intervención del Estado en la economía fuera mínima, sino que esta fuera pertinente y acertada. Así las cosas, la voluntad de mejorar la calidad de la regulación, se convirtió en objetivo primordial de algunas administraciones públicas y de organizaciones multilaterales como la OCDE y la Comisión Europea.

Surgió entonces la necesidad de crear herramientas que permitieran incrementar la calidad tanto de la regulación existente, como de las propuestas de regulación futura. Las mejores políticas de regulación y los sistemas de evaluación de impacto, fueron las innovaciones principales. De este modo nació el análisis de impacto regulatorio (AIR) o *regulatory impact assessment* (RIA), como instrumento fundamental de la nueva forma de regulación denominada “mejor regulación”.

Se considera que el primer AIR fue una “evaluación del impacto de la inflación”, encargada por la administración Carter en Estados Unidos en 1978. Posteriormente, bajo el gobierno de Reagan, se incluyó dentro de los requisitos de RIA, un análisis de costo-beneficio. Posteriormente a partir del año 1995, *The Office of the Management and Budget*

(OMB)⁴ es la encargada de reportar los costos y los beneficios de las políticas regulatorias y en el año 2000, publicó una guía sobre cómo llevar a cabo un estudio de AIR.

Por su parte, en Reino Unido, la evaluación sistemática de la regulación comenzó en los años 80, como parte de la política de desregulación. No obstante fue hasta el año 1997 que se creó *The Better Regulation Task Force* (BRTF) como órgano independiente encargado de asesorar al gobierno en cuestiones de regulación, apoyado por una Unidad de Impacto Regulatorio (RIU) de la Oficina del Gabinete. En 1998 el Primer Ministro anunció que ninguna propuesta de regulación debía ser considerada sin un análisis del impacto regulatorio previo⁵.

Otro de los países que adoptó el AIR de manera temprana, fue Australia en 1985. Posteriormente en 1995 el Consejo del Gobierno Australiano (COAG), decidió que toda la actividad regulativa nacional debía estar sujeta a un análisis de impacto regulatorio. Los requisitos del AIR fueron plasmados en el documento denominado “*Principles and Guidelines for National Standard Setting and Regulatory Action by Ministerial Councils and Standard-Setting Bodies*”.

Por su parte, países como Japón y Turquía han dado pasos significativos hacia la adopción del AIR durante el período más reciente. La reforma en Turquía tuvo lugar en el año 2008, por lo cual los resultados de la aplicación de las disposiciones oficiales pueden tomar algún tiempo (OECD, 2009).

⁴ La Oficina de Administración y Presupuesto (OMB) es la oficina más grande dentro de la Oficina Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos (EOP). Su principal trabajo es asistir al Presidente para preparar el presupuesto. La OMB también mide la calidad de los programas de la agencia, las políticas y procedimientos, y para ver si se ajustan a las políticas del presidente.

Ver: http://www.whitehouse.gov/omb/organization_mission/

⁵ “En agosto de 1998, anuncié que ninguna propuesta de regulación que tenga un impacto en las empresas, organizaciones benéficas u organismos voluntarios, debe ser considerado por los Ministros sin una evaluación de impacto regulatorio. He encargado a la Oficina del Gabinete asegurarse que los Departamentos ofrezcan una mejor regulación a través del cumplimiento total con el proceso de evaluación del impacto regulatorio” Traducción propia del texto: Tony Blair. Prefacio de la publicación de *Better Policy Making: A Guide To Regulatory Impact Assessment*, Cabinet Office.

Por otro lado, además de la incorporación del AIR a nivel interno en diferentes países, esta herramienta también ha hecho parte de la agenda de organismos multilaterales, que conscientes de la importancia de mejorar la calidad de la regulación de sus países miembros, han emitido diversas recomendaciones y documentos guía.

Así, en la Unión Europea la evaluación de impacto regulatorio es una parte importante de la agenda de “*Better Regulation*”, la consigna principal es que antes de que la Comisión Europea proponga nuevas iniciativas regulatorias o legislativas, es necesario evaluar las posibles consecuencias económicas, sociales y ambientales de dichas propuestas.

En la cumbre de Gotemburgo en junio de 2001, los líderes de la UE lanzaron la primera estrategia de desarrollo sostenible de UE, basada en una propuesta de la Comisión Europea. La estrategia estaba compuesta por dos partes, la primera de ellas proponía objetivos y medidas para solucionar algunas tendencias insostenibles, mientras que la segunda, mucho más ambiciosa, buscaba un nuevo enfoque para la elaboración de las políticas que asegurara que las políticas económicas, sociales y ambientales de la Unión Europea se reforzaran mutuamente. El instrumento central desarrollado para conseguir este objetivo fue la obligación de que toda nueva propuesta fuera sometida a una evaluación de impacto.

Con ocasión de los compromisos adquiridos en Gotemburgo, la Comisión Europea profirió en el año 2002, el documento “*Communication From The Commission On Impact Assessment*”, en el cual fijó las directrices para que los países miembros comenzaran gradualmente a implementar el AIR en todos los procesos de diseño de políticas que tuviesen que ver con cuestiones económicas (incluyendo competitividad), sociales y ambientales.

Posteriormente, la Comisión Europea publicó sendas Guías de Evaluación de Impacto, la primera en el año 2008 y la segunda en el 2009, las cuales básicamente explican

cuál es el procedimiento para aplicar AIR, es decir, exponen paso a paso como debe realizarse la evaluación de impacto.

Por otro lado, la OCDE, ha publicado desde el año 2005 múltiples documentos sobre el AIR, entre los que se encuentran guías y recomendaciones para su uso, así como experiencias de los países que han implementado la metodología. En la cuarta parte de este capítulo se expondrá con detenimiento cada uno de los escritos publicados por esta organización.

1.2 ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO?

Habiendo conocido que la evaluación de impacto regulatorio ha tenido un importante desarrollo desde los años 80's hasta nuestros días y que muchos países lo han adoptado como herramienta de la “buena regulación”, es pertinente definir específicamente que es el AIR, y cuáles son sus principales características.

En la literatura encontramos muchas definiciones del AIR, a continuación mencionaremos algunas de ellas:

El Gobierno Irlandés, define el AIR como un instrumento utilizado para la exploración estructurada de diferentes opciones para dirigir asuntos particulares de política. Señala que es utilizado cuando una o más de estas opciones es una nueva regulación o un cambio regulatorio y facilita la consideración activa de alternativas a la regulación o formas más ligeras de regulación. Adicionalmente, indica que el AIR ayuda a identificar posibles efectos colaterales o costos ocultos asociados con la regulación que puedan afectar a los ciudadanos y a las empresas, así como los costos para el Estado. (Department of the Taoiseach, 2009, pág. 3)

Aunado a lo anterior, manifiesta que no existe un modelo genérico de AIR usado internacionalmente, más sin embargo que la mayoría de análisis de impacto realizados tienden a incluir una identificación clara de los objetivos, una consulta estructurada con los

agentes interesados y el examen detallado de impactos de las alternativas regulatorias. Finalmente, resalta que el AIR no es un sustitutivo para la toma de la decisión.

Por su parte, la OCDE (2007, pág. 3) establece que el AIR es una herramienta sistemática de decisión usada para examinar y medir los probables beneficios, costos y efectos de una nueva regulación o una ya existente. Señala además que la implementación del AIR apoya el proceso de la toma de la decisión política mediante la valoración de datos empíricos y a través de la construcción de un marco de decisión racional que permite comparar las diferentes opciones regulatorias disponibles.

Adicionalmente, indica que el objetivo central del AIR es ayudar a los gobiernos a hacer más eficientes sus políticas. Esto con el fin de que las economías domésticas puedan responder al impacto de la economía moderna que implica apertura de los mercados y por tanto una mayor competencia.

En una publicación posterior, la OCDE (2009^a, pág. 6) considera que el AIR representa una herramienta básica indispensable para garantizar la calidad de las nuevas normas, a través de un proceso riguroso basado en la evidencia para la toma de decisiones. Añade que un buen funcionamiento del sistema del AIR puede ayudar a promover la coherencia de las políticas, dilucidando los intereses de las propuesta regulatorias, identificando quién probablemente se beneficia con los impactos de la regulación y si la reducción de riesgos en un área puede crearlos en otra. En definitiva considera que el AIR mejora el uso de pruebas en la formulación de políticas y reduce la incidencia de insuficiencia de reglamentación que implica regular cuando no hay fundamentos para hacerlo, o no regular cuando hay una clara necesidad de hacerlo.

De otro lado, *The European Policy Centre* (2001, pág. 7), señala que el AIR es un proceso integrado de apoyo a la decisión política, utilizado por los gobiernos en muchos países industrializados para ayudar a mejorar la calidad de la regulación. Considera que contribuye a la creación de un sistema regulatorio abierto, transparente y con una base

empírica. Adicionalmente enfatiza en el hecho de que el AIR apoya, más no sustituye la toma de la decisión.

Considera además que generalmente se confunde el AIR con otras herramientas o mecanismos de toma de decisiones como el análisis coste-beneficio y aclara que se trata de un instrumento más amplio que busca garantizar que las decisiones estén mejor informadas y que los procesos sean más abiertos y transparentes para evitar costes innecesarios y reducir los riesgos regulatorios, siempre dentro de un marco que reconozca que no hay opciones libres de riesgo.

Cabe resaltar de este documento, el hecho de que establece seis pilares sobre los que se basa el AIR (pág. 6), los cuales son:

1. **Justificación:** Debe existir una clara identificación de un problema social, económico o ambiental específico y se requiere una justificación convincente de la eficacia de la intervención del gobierno.
2. **Consulta:** Se requiere una consulta amplia y transparente de todos los agentes interesados con el fin de ampliar el debate público sobre la intervención de gobierno, para identificar los costos y beneficios de las opciones propuesta y para minimizar el riesgo de captura del regulador.
3. **El Análisis:** Consiste en un análisis sistemático y empírico de los costes y los beneficios de las opciones regulatorias, así como del impacto real que puede tener la decisión sobre todos los agentes implicados, la seguridad y el medio ambiente.
4. **Maximización de Beneficios:** Busca soluciones regulatorias que maximicen el bienestar neto de todos los ciudadanos.

5. Consistencia: Implica el uso de procedimientos comunes, estandarizados y prácticos que aseguren la consistencia del análisis a través de todas las partes del gobierno.
6. Responsabilidad: Una clara y estructurada comunicación a quienes toman las decisiones sobre las consecuencias de escoger determinadas estrategias regulatorias.

Kirkpatrick y Parker (2007), opinan que el AIR es un método de análisis de políticas que está pensado para asistir a los responsables políticos en el diseño, la puesta en práctica y la supervisión de mejoras a los sistemas regulatorios, proporcionando una metodología para determinar las probables consecuencias de la regulación propuesta y las consecuencias reales de las regulaciones existentes.

Asimismo, señalan que en un principio el AIR sólo consideraba los costos de la regulación, pero que ahora incluye costos y beneficios, cuestión que interpretan como que la regulación ya no es considerada mala *per se*, es decir, que cada caso concreto o cada propuesta regulatoria debe ser valorada en función de cómo contribuye con los objetivos de la política pública. En este orden de ideas, creen que el AIR ahora considerará el potencial o impactos reales de una medida regulatoria en función de los tres pilares del desarrollo sostenible, a saber, económico, social y ambiental.

Finalmente, resulta pertinente conocer como ha sido definido el AIR por la Comisión Europea. Al respecto, en la Comunicación de la Comisión sobre Evaluación de Impacto (2002, pág. 4), señaló que se trataba de un proceso de análisis sistemático sobre los posibles impactos de la intervención de las autoridades públicas y que como tal, era una parte integral del proceso de definición de las propuestas políticas, que además informaba a los responsables fiscales y al público en general sobre los posibles impactos de la regulación.

Añade, que la evaluación de impacto es una ayuda para la toma de decisiones, más no un sustituto del juicio político, y que por tanto, no generará conclusiones ni recomendaciones necesariamente claras, pero si informará a quienes toman las decisiones sobre las consecuencias de las diferentes opciones políticas. Continúa señalando que la Evaluación del Impacto es también un instrumento efectivo y valioso de comunicación, ya que la consulta con las partes interesadas permite generar una discusión útil que introduce información valiosa a tener en cuenta en la decisión final.

Por su parte, las Guías sobre Impacto Regulatorio publicadas en 2008 y 2009 por la Comisión Europea, señalan que el AIR es un conjunto de pasos lógicos que deben seguirse al preparar las propuestas políticas. Es un proceso que dispone las pruebas para los responsables de la toma de decisiones sobre las ventajas y desventajas de las posibles opciones políticas mediante la evaluación de sus impactos potenciales.

Adicionalmente, la Comisión Europea (2002, pág. 13) señala que al aplicar el AIR, deben contestarse una serie de cuestiones tales como:

- ¿Cuál es la naturaleza y la magnitud del problema, cómo ha evolucionado, y quien es el más afectado por el mismo?
- ¿Cuáles son los puntos de vista de las partes interesadas?
- ¿Debe involucrarse la Unión Europea?
- Si es así, ¿cuáles son los objetivos que deben fijarse para hacer frente al problema?
- ¿Cuáles son las principales opciones para conseguir esos objetivos?
- ¿Cuáles sería el probable impacto económico, social y ambiental de cada una de esas opciones?
- ¿Cómo se comparan las principales opciones en función de la eficacia, la eficiencia y la coherencia para resolver el problema?
- ¿Cómo podría organizarse a futuro el monitoreo y la evaluación?

Evidentemente, existe una tendencia creciente por parte de las administraciones públicas de mejorar la calidad regulatoria, lo que implica realizar procesos transparentes e informados para la toma de decisiones relevantes para la sociedad, la economía y el medio ambiente. En este orden de ideas, el AIR se presenta como una opción viable y adecuada para conseguir dichos objetivos.

De las definiciones expuestas podemos concluir que el AIR es una herramienta o instrumento de la “Buena Regulación”, esto es, que busca mejorar la calidad de la regulación, realizando una evaluación detallada y sistemática del impacto que puede tener cada una de las opciones regulatorias disponibles para resolver un problema concreto, con el fin de escoger la más adecuada en términos de eficiencia y eficacia. Permite entonces que la decisión sea informada y sustentada en un análisis comparativo entre las opciones, reduciendo así los riesgos y costes que acarrea una regulación inadecuada, es decir aquella cuyos costes sean mayores a los beneficios. (Montenegro, 2011)

En este orden de ideas, el AIR puede ayudar a asegurar que quien toma la decisión, tenga una buena comprensión de quiénes serán los afectados y quiénes los beneficiados con una regulación y en qué forma.

Adicionalmente, tenemos que si bien el AIR puede seguir diferentes parámetros, existen cuestiones básicas comunes a todos los esquemas propuestos desde el inicio de su utilización, que podemos resumir de la siguiente manera:

1. Definición del problema.
2. Definición de los objetivos que se pretenden alcanzar.
3. Consulta pública a fin de conocer el punto de vista de los *stakeholders*.
4. Definición de las opciones disponibles y el impacto económico, ambiental y social de cada una de ellas.
5. Realización de un análisis comparativo entre las opciones en términos de beneficios y costes.
6. Escogencia de la opción más adecuada y justificación de dicha elección.

Evidentemente pueden incluirse otros pasos, tal como vimos en precedencia. Será pertinente en cada caso concreto decidir que otras cuestiones incluir o en cuales hacer mayor énfasis, en aras de lograr que el proceso brinde la mayor información posible para tomar la decisión. (Montenegro, 2011)

Cabe resaltar, tal como lo hacen varios autores, que la evaluación de impacto apoya la toma de la decisión, más no la reemplaza. Es decir, si bien informa a quienes toman las decisiones sobre los impactos probables de una u otra elección, no establece cual es la opción a elegir, esta decisión debe tomarla el responsable designado para tal fin.

Hemos visto cual es el significado o en qué consiste la evaluación de impacto regulatorio, resulta pertinente estudiar un poco más a fondo cuáles son sus ventajas o beneficios y cómo impacta la utilización del AIR en el desarrollo social y económico de un país o región.

1.3 BENEFICIOS DE APLICAR EL AIR

Como lo hemos señalado el AIR contribuye a mejorar la calidad de la regulación y permite que quienes tomen las decisiones, lo hagan teniendo en cuenta los costes y beneficios y el posible impacto de las diferentes opciones políticas existentes para la solución de un problema determinado. Sin embargo los beneficios del AIR van más allá de la mejora de una norma o una regulación en un caso concreto, pues como veremos a continuación, el uso sistemático del AIR contribuye con el desarrollo económico, social y competitivo de un país o región.

Así, el Gobierno Irlandés (2009, pág. 3) considera que las ventajas del AIR pueden resumirse bajo tres títulos a saber; desempeño de la economía y el bienestar de los consumidores; la calidad de la administración y la eficiencia y la eficacia de los servicios públicos. Esta herramienta puede contribuir a la eficacia económica destacando los aspectos de la regulación que limitan la decisión del consumidor y el nivel de competencia en una

economía. Contribuye a identificar las potenciales cargas sobre las empresas y se asegura de que estas sean las menores posibles.

El AIR también puede identificar regulaciones potencialmente anticompetitivas o proteccionistas antes de que estas sean promulgadas. Toda vez que supone una amplia consulta con los agentes interesados y proporciona la oportunidad para que los potencialmente afectados comuniquen alguna consecuencia imprevista que no fue considerada previamente.

Continúa señalando que el AIR es también un medio para mejorar la calidad de la administración aumentando la transparencia y legitimidad del proceso regulatorio. La inclusión de la consulta asegura que los intereses de los ciudadanos sean tomados en cuenta en el proceso y además permite que exista mayor vigilancia en la aplicación de las regulaciones, lo que incrementa la responsabilidad del proceso regulatorio.

El AIR también contribuye a alcanzar la optimización de los recursos ya que brinda información detallada sobre los costos y permite un análisis de las alternativas disponibles para lograr los objetivos buscados con la regulación. Finalmente señala que el AIR puede contribuir al cumplimiento de los seis principios de la buena regulación identificados en su Libro Blanco de Regulación de 2004, a saber: Necesidad, Proporcionalidad, Consistencia, Eficacia, Transparencia y Responsabilidad.

Por su parte, la OCDE (2008, pág. 24) considera que el AIR ayuda a asegurar que la regulación sea lo más eficaz y eficiente posible, es decir, que la regulación consiga los objetivos propuestos y que estos se logren al menor coste posible para todos los miembros de la sociedad. Añade que la eficacia y la eficiencia de la regulación son importantes, porque existen límites a la cantidad y tipo de regulación que puede ser financiado por el gobierno. Asimismo que una regulación inadecuada puede frenar el crecimiento económico al poner obstáculos innecesarios a las transacciones económicas o la forma de hacer negocios y crean la percepción de un entorno negativo.

Una referencia más concreta sobre la posición de la OCDE frente a las ventajas del AIR podemos encontrarla en Kirkpatrick y Parker (2007), quienes señalan que dicha organización provee evidencia empírica sobre la relación que existe entre una adecuada reforma regulatoria y un mejor desempeño económico. Ganancias en términos de productividad y crecimiento económico fueron encontradas en países como Canadá, Estados Unidos y Reino Unido quienes han aplicado el AIR durante un largo periodo de tiempo.

Dichos autores indican además que el Banco Mundial también ha brindado evidencia sobre esta relación, particularmente una influencia sobre el sector empresarial y el desempeño económico de un gran número de países en desarrollo y en vías de desarrollo.

Por otra parte, vale la pena señalar lo dicho por *The European Policy Centre* (2001, pág. 3-4) quien estableció nueve beneficios principales del uso del AIR, los cuales nos permitimos mencionar a continuación:

1. Identifica las alternativas de la regulación: El proceso del AIR permite identificar situaciones en las que lo más conveniente puede ser incluso no regular y situaciones en las que la intervención del gobierno producirán un mayor beneficio para la sociedad.
2. Comprende los costos y beneficios reales de las regulaciones: Ayuda a los legisladores y reguladores a comprender el alcance de los costos y los beneficios económicos, sociales y ambientales de una regulación. Asimismo ayuda a identificar situaciones inesperadas, incluyendo la paradoja “riesgo/riesgo”, donde la reducción de un riesgo produce el aumento de otro.
3. Maximiza los beneficios de la regulación: Contribuye a que los reguladores identifiquen aquellos tipos de intervención que producen beneficios reales y permite estructurar regulaciones alrededor de las soluciones más efectivas para producir resultados.

4. Evita el fracaso regulatorio: el AIR puede ayudar a los gobiernos para evitar la introducción de regulaciones que no consigan los objetivos propuestos o que tengan impactos negativos que excedan ampliamente a los beneficios.
5. Mejora el diseño de las regulaciones: Permite identificar diferentes opciones de diseño regulatorio donde pequeños cambios en el diseño de una regulación pueden llevar a diferencias significativas en beneficios netos o una mayor coherencia entre diferentes políticas. El AIR también puede dilucidar problemas potenciales, que permiten a quienes toman las decisiones volver a diseñar una determinada política o incluso abandonarla.
6. Mejora el proceso de consulta: el AIR puede contribuir a lograr mayor transparencia en el proceso de consulta, promoviendo la participación activa de las empresas, los consumidores y otros agentes interesados.
7. Aumenta la responsabilidad de los reguladores: el AIR puede ayudar a hacer más explícito el fundamento de las decisiones que son tomadas y los acuerdos involucrados. Asimismo, facilita que los reguladores resistan la presión de los grupos de interés y favorece el debate público sobre los beneficios netos y expone la distribución de los impactos probables entre los grupos de la sociedad.
8. Logra un cambio cultural dentro de la administración: el AIR puede ayudar a introducir nuevas formas de pensar en la administración, es decir, mayor reflexión sobre la necesidad de la intervención; incrementar la discusión sobre alternativas a la regulación tradicional, considerar ampliamente la importancia del diseño de las políticas regulatorias, entender mejor los beneficios de consultar los agentes interesados, conocer mejor los costes y los riesgos involuntarios de la regulación y estar más conscientes de los acuerdos políticos implícitos en la toma de decisiones.

9. Reduce el déficit democrático: El AIR puede ayudar a reducir el déficit democrático y aumentar la legitimidad de las instituciones, pues ayuda a aumentar transparencia y a mejorar el diálogo entre las instituciones y los ciudadanos.

Como vemos, los beneficios del AIR son muchos y esto explica el hecho de que cada vez sean más países los que incluyen esta herramienta en los procesos de toma de decisiones políticas con el fin de mejorar la calidad de la regulación.

1.3.1. El AIR y sus efectos en el desarrollo económico: La perspectiva neoinstitucionalista.

Los beneficios vistos pueden explicarse a través de los postulados del Neoinstitucionalismo, que como veremos, sostiene que mejores instituciones implican un mayor desarrollo económico.

El neoinstitucionalismo es una corriente de pensamiento que revaloriza el papel que juegan las instituciones dentro del desempeño económico y político de una sociedad, en contraposición al institucionalismo clásico que las estudiaba desde una perspectiva más estática. Así las cosas, el neoinstitucionalismo, destaca la importancia de las instituciones partiendo de que estas conforman el cemento de la sociedad. Además busca combinar las teorías económicas y de las instituciones, para analizar las interacciones sistemáticas entre ambas, rompiendo así los límites de los modelos tradicionales (Rivas, J.A. 2003, pag. 40)

Al respecto, Kalmanovitz (2003, pag.1) señala que el neointitucionalismo indica que las reglas de juego (vgr. la regulación) que guían el comportamiento de los agentes en una sociedad son fundamentales para explicar su desempeño económico. Y añade que se trata de un conjunto de teorías que combinan las vertientes de una nueva microeconomía basada en los costos de transacción, una sección de derecho y economía, otra de teoría de la información, teoría de la elección pública, y una vertiente histórica, basada en el trabajo de Douglass North.

En este orden de ideas, es necesario establecer qué se entiende por instituciones; para ello acudimos precisamente al concepto dado por Douglas North, precursor de dicha escuela quien las define de la siguiente manera: “Las reglas del juego en una sociedad, más formalmente son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico” (North 1993, pág. 13). Otra definición la ofrece Rivas (2003, pág. 39) quien considera que “las instituciones, en un sentido amplio, son las reglas, normas, costumbres de operación del sistema; son al mismo tiempo las redes que sirven para enlazar y encauzar institucionalmente las relaciones de intercambio económico, social, y político entre los subsistemas o distintos componentes del sistema” (pág. 39)

De otro lado, es pertinente resaltar que las instituciones pueden ser formales o informales, por las primeras se entiende aquellas que idean los humanos y que normalmente se plasman por escrito como las constituciones, códigos, leyes, etc. Y las informales, son aquellas que nacen del comportamiento social, de la cotidianidad, como los códigos de conducta, las costumbres, las tradiciones, en breve, lo que en general se conoce como cultura.

Así mismo, debe señalarse que el neoinstitucionalismo estudia un conjunto amplio de temas y parte de ciertos supuestos entre los que se destacan (Ayala, 2004, pág. 42 y 43):

- La idea de que los costos de transacción se elevan dramáticamente si las reglas de juego son ineficientes, ambiguas o si no existe una autoridad que las haga cumplir. Dichos costos de transacción influyen además en los costos de transformación.
- La omnipresencia de los problemas de información los cuales elevan los costos de transacción en el ámbito del diseño y aplicación de las políticas públicas y, en consecuencia, éstas pueden resultar en una asignación ineficiente de recursos.
- Los efectos negativos de las instituciones ineficientes se expresa no solamente en el nivel macroeconómico y macrosocial, sino también en el nivel de la empresa y de la estructura de la organización industrial.

Así las cosas, tenemos que a partir del concepto de instituciones, el neoinstitucionalismo edifica varios de sus postulados, los cuales se centran en analizar cómo la configuración de aquellas, incide directamente en el desarrollo social, político y económico de un país, al influir positiva o negativamente en las decisiones que toman los diferentes agentes económicos, incluyendo el sector público.

Al respecto, Ayala (2003, pág. 41) argumenta que “[l]a calidad de las políticas públicas y de las instituciones es el factor decisivo que explica el crecimiento económico. Los países que han sabido elegir las bien obtienen mejores resultados; en cambio, los que han hecho malas elecciones se estancan y aun retroceden”. Añade al autor que “las instituciones crean un marco social, económico y político más predecible sobre la futura conducta de los agentes contribuyendo de este modo a disminuir los costos de transacción, y en consecuencia, estimulando la inversión, el ahorro, el trabajo la innovación tecnológica, el cambio institucional y en general, la organización de las acciones colectivas complejas”. (pág. 12)

Por su parte, North (1993, pág. 13) afirma que es innegable que las instituciones afectan el desempeño de la economía, y también lo es, que el desempeño diferencial entre diferentes economías a lo largo del tiempo está influido fundamentalmente por el modo en que evolucionan las instituciones.

Como puede observarse las instituciones juegan un papel fundamental que dentro de un ordenamiento inciden en el desempeño de una economía, por tal razón, resulta de vital importancia el adecuado diseño de las mismas con el fin de generar los incentivos correctos, para que los agentes se involucren en los procesos de intercambio de manera adecuada y no se generen ineficiencias⁶.

⁶ Algunos ejemplos sobre como el diseño adecuado de instituciones genero resultados exitosos en algunos ordenamientos, se encuentran en Ayala y González (2001, pág. 49):

- “La desregulación del transporte aéreo entre 1980 y 1997 en Estados Unidos ha permitido que las tarifas reales disminuyan 40%, el número de pasajeros transportados crezca 2.25 veces, el número de rutas atendidas se eleve 1.25 veces y el empleo aumente casi dos veces; es decir, los mercados se volvieron más competitivos”

De otro lado, el costo social de contar con malas instituciones es muy alto, pues el hecho de tener un conjunto de normas mal diseñado o que genere incentivos perversos, tiene un impacto no solo en el sector que dicha institución regule, sino que repercute a nivel general, por ejemplo, el hecho de contar con una inadecuada regulación del derecho de contratos, no solo implica que se eleven los costos de transacción para los agentes económicos que contratan, y que se dejen de realizar algunas transacciones que en otras condiciones se realizarían, sino que puede incidir en la disminución de la inversión extranjera, al no existir seguridad jurídica y reglas de juego claras, lo que además repercute en la competitividad de un país. Otro ejemplo puede ser la institución que rige el sistema financiero, si esta incentiva de manera desmedida el gasto y el endeudamiento, sin promover el ahorro, pueden generarse crisis que afecten no solo a los usuarios financieros sino a todo el sistema y a la economía en general.

Adicionalmente como afirma Ayala (2003, pág. 49) “el mayor costo social de las malas instituciones es mantener o ampliar la pobreza y la desigualdad social a niveles comparativamente muy altos, porque la economía no crece o lo hace muy lentamente, por debajo de las necesidades sociales”.

Bajo esta perspectiva el neoinstitucionalismo busca explicar el éxito o fracaso de los países a partir de la existencia de buenas o malas instituciones y no a partir de aspectos

-
- “La simplificación administrativa en Nepal permitió en un plazo relativamente corto facilitar el establecimiento de negocios y empresas, y el país comenzó a ser más atractivo a los inversionistas locales y foráneos”.
 - “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte ha permitido un creciente intercambio entre México, Estados Unidos y Canadá, el cual no tiene precedente. México se ha convertido en los últimos cinco años en uno de los cinco países exportadores más importantes del mundo. El empleo en la zona, en lugar de haber disminuido, como lo habían predicho sus críticos, ha aumentado de manera significativa.
 - “En China las reformas del mercado en distintas materias, como derechos de propiedad y contratos, han sido cruciales para mantener altas tasas de crecimiento durante los últimos 25 años, las más notables en la historia de este país, y muy destacadas si se les compara con cualquier otra economía del mundo. Si se considera a las siete economías provinciales de China por separado, todas ellas son las de más alto crecimiento en el mundo en los últimos años. Durante 2000 China fue el país del mundo que atrajo más inversión extranjera; la razón no sólo es el tamaño de su mercado, sino sobre todo las reformas institucionales que lo han permitido”.
 - “Las instituciones que han favorecido la constitución de la Unión Europea han conformado con notable éxito un bloque de economías con el mercado más grande, después del de América del Norte”.

como la dotación original de recursos, la ubicación geográfica, el capital humano y el capital social.

En otras palabras, entiende que las diferencias de ingreso entre los países se deben a la calidad de las políticas públicas y de las instituciones, y no se explican por los diferenciales en el acceso al conocimiento, la debilidad de los mercados de capitales, o las diferentes dotaciones de recursos naturales o por diferencias en el capital humano y social, como sostenían distintas teorías de inspiración neoclásica. Desde esta óptica, los países que se han estancado lo son porque el marco institucional no provee los incentivos que permitan a los agentes capturar las oportunidades de ganancias asociadas a la inversión y la innovación. (Ayala, 2004, pág. 350)

No obstante, el proceso de creación de buenas instituciones no es sencillo, como quiera que existen diferentes intereses involucrados, los cuales en muchas ocasiones resultan contrapuestos, y es difícil llegar a soluciones cooperativas y eficientes, que a su vez cuenten con las credibilidades suficientes para que sean acatadas por toda la sociedad. Al respecto el mismo Ayala (2004, Pág. 361-362) señala que “los cambios institucionales afectan de manera desigual a los distintos grupos, y es indudable que habrá perdederos y ganadores a los largo del proceso. Por ello se requiere un esfuerzo de participación, negociación y concertación entre los agentes, para garantizar la legalidad y consenso sobre las nuevas instituciones. De no ocurrir así, la reforma quedaría reducida a instituciones sin credibilidad en donde se aplicaría la conocida máxima de “obedézcase pero no se cumpla”, con sus perniciosas secuelas de ineficiencia económica y social.”

Este autor también menciona otros factores que pueden dificultar la generación de buenas instituciones, tales como: “Los agentes (políticos, burócratas y empresarios) pueden carecer de incentivos para generar buenas instituciones. Por ejemplo los políticos y burócratas no tienen incentivos para establecer un buen sistema de vigilancia de gobierno, porque ellos afectarían sus intereses. Los empresarios no tienen incentivos para fijar buenas instituciones que disminuyan el margen de evasión fiscal”. Así mismo, “el diseño y aplicación de instituciones por parte del sector público y privado puede ir acompañado de

fallas, atribuibles a la falta de información, cálculos incorrectos, malas proyecciones en la toma de decisiones y otros factores” (pág. 365)

Así las cosas, frente a la importancia de diseñar buenas instituciones y las dificultades que pueden presentarse durante ese proceso, puede afirmarse que la incorporación del Análisis de Impacto Normativo en el proceso de creación normativo o regulatorio, adquiere un papel fundamental, como quiera que contribuye a crear mejores normas, es decir, buenas instituciones, con todos los beneficios que esto trae. En otras palabras, el hecho de contar con un proceso en el que partiendo de una adecuada definición del problema a resolver y teniendo claros los objetivos de la intervención, se estudien las diferentes opciones regulatorias y se ponderen mediante criterios objetivos de valoración, a fin de escoger la más adecuada y que además permita la participación de los agentes interesados, contribuye a la creación de instituciones que generen los incentivos adecuados en los agentes económicos y que puede redundar en mayor crecimiento y desarrollo económico.

Por ejemplo, la etapa de la consulta pública que consagra el AIR puede disminuir los problemas de falta de información que dificulta la construcción de buenas instituciones. Adicionalmente, brinda transparencia al proceso y contribuye a legitimar las instituciones, como quiera que al permitirse la participación de los agentes interesados se genera mayor confianza y aceptación por parte de los ciudadanos acerca del cambio institucional.

Sobre este punto en concreto, Ayala (2003, pág. 55-56) afirma que “la credibilidad de un gobierno aumenta cuando se mejoran los mecanismos de control, vigilancia y rendición de cuentas, pero sobre todo si se mantiene el compromiso con la defensa del Estado de derecho y el cumplimiento de la ley. Cuando bajan los índices de cumplimiento de la ley, no solo se afecta negativamente las inversiones, el ahorro y la política económica, sino sobre todo se acentúan los efectos sociales directos e indirectos sobre los pobres: pérdidas de ahorro, de empleos y de programas sociales”.

Así las cosas, en virtud de los postulados del Neoinstitucionalismo que vinculan el desarrollo económico a la existencia de buenas instituciones, es innegable la utilidad que traerá a nuestro país el uso sistemático de herramientas de mejora regulatoria como es el análisis de impacto normativo.

1.4. EL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN LA OCDE

Dentro de los instrumentos de mejora regulatoria que recomienda la OCDE se encuentra el análisis de impacto regulatorio, por ello, en su portal web dedica toda una sección al trabajo a este tema, que incluye cuestiones metodológicas y experiencias de los países en la aplicación del AIR, además ofrece diferentes documentos sobre AIR publicados desde 1995, que buscan orientar a los países miembros en la aplicación del AIR, su pronta integración con la formulación de políticas y la promoción de la política de regulación coherente en todo el gobierno. En la presentación de esta sección, la OCDE señala que el AIR es una herramienta que al ser aplicada dentro de un marco sistemático apropiado, puede apoyar la capacidad de los gobiernos para asegurar que las regulaciones sean eficientes y eficaces en un mundo cambiante y complejo⁷.

Así las cosas, resulta pertinente hacer un breve recuento del material que ofrece la OCDE sobre el AIR y sus principales contenidos, a fin de conocer cuáles han sido las recomendaciones y parámetros más relevantes que desde 1995 ha dado la organización a los países miembros sobre el uso y aplicación de la herramienta.

El primer documento publicado en marzo de 1995 se denomina “*Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*”, el cual hace referencia al uso del AIR, incluyendo además de las recomendaciones generales, una lista de cuestiones a tener en cuenta por parte de los países miembros durante el proceso de toma de decisiones de tipo regulatorio.

⁷ Información disponible en página web de la OCDE. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>

Posteriormente en el año 1997 fue publicado el documento “*The OECD Report on Regulatory Reform*”, donde se estableció que el objetivo fundamental de la reforma regulatoria era mejorar la eficiencia y competitividad de las economías nacionales y se establecieron siete principios de la “buena regulación”⁸. Dentro de las recomendaciones de la reforma regulatoria se incluyó la de integrar el análisis de impacto normativo en el desarrollo, revisión y reforma de las regulaciones. Agregó que RIA debía utilizarse para evaluar los beneficios, los costes y los impactos distributivos de las regulaciones, los enfoques alternativos, y las propuestas de reforma; y los impactos desproporcionados sobre las PYME. (OCDE, 1997, pág. 29 y 30)

A mediados de la década de los 90’s, aproximadamente 12 países de la OCDE habían puesto en práctica los requisitos del AIR de alguna forma, sin embargo el alcance del análisis variaba considerablemente. Para el año 2000, 20 de los 28 países de la OCDE usaban AIR. (OCDE 2007).

Posteriormente, en ese mismo año se publicó el documento *Regulatory Impact Analysis – Best Practices in OECD Countries*, (OECD (1997a), el cual como su nombre lo indica trata específicamente de la herramienta. En este estudio, la organización realizó una descripción de los sistemas del AIR utilizados en una serie de países miembros (Canadá, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, entre otros) y posteriormente, con base en las experiencias analizadas identificó las mejores prácticas sobre del AIR, a saber:

1. Maximizar el compromiso político del AIR;
2. Asignar cuidadosamente las responsabilidades para los elementos del programa del AIR;
3. Entrenar a los reguladores;
4. Utilizar un método analítico coherente, pero flexible;
5. Desarrollar e implementar estrategias de recolección de datos;
6. Dirigir los esfuerzos hacia la regulación con mayor impacto;

⁸ OECD Principles of Good Regulation, 1997

7. Integrar el AIR con el proceso de formulación de políticas, comenzando tan pronto como sea posible;
8. Comunicar los resultados;
9. Involucrar ampliamente al público;
10. Aplicar el AIR tanto a la regulación existente como a la nueva regulación.

Años después, con ocasión de que algunos gobiernos presentaban problemas a la hora de aplicar el AIR, la OCDE realizó una encuesta sobre la utilización del AIR en los diferentes países que permitió comparar los elementos clave como el tipo de análisis, campo de aplicación, la divulgación pública, control de calidad, análisis de costo-beneficio, la tasa de descuento social, evaluación de riesgos, los efectos sobre la competencia y la apertura de los mercados, y ex-post monitoreo.

Finalmente, los resultados de este trabajo fueron publicados en el documento denominado “*Regulatory Impact Analysis. Inventory*” en el año 2004, cuyo objetivo principal era proporcionar información práctica sobre el AIR. El documento es básicamente descriptivo y ofrece un panorama, de ese momento, sobre cómo se estaba aplicando la metodología en cada uno de los países miembro de la OCDE, se dejan ver similitudes y diferencias entre los sistemas, así, unos ordenamientos presentaban importantes avances en su desarrollo y otros utilizaban muy poco la metodología, como era el caso de Bélgica.

Posteriormente, en el año 2005, la OCDE publicó un documento que se considera de gran importancia como guía de uso del AIR, denominado “*RIA in OECD Countries and Challenges for Developing Countries*”, en el cual se planteó la definición, objetivos y relevancia del AIR, se exploraron las políticas reguladoras, instituciones e instrumentos que apoyan la regulación de alta calidad y ayudan al proceso de diseño y aplicación de un sistema de AIR efectivo. Adicionalmente, se desarrollaron las *Buenas Prácticas* que se habían identificado en 1997 y se plantearon algunos retos para los países en desarrollo frente a la aplicación de la herramienta.

Resulta pertinente resaltar algunos apartes de gran relevancia para entender la importancia de la herramienta. En primer lugar, se plantea que el análisis de impacto regulatorio examina y mide los beneficios probables, los costos y efectos de las reglamentaciones nuevas o modificadas. Así mismo que es un instrumento de regulación útil que proporciona a los responsables políticos valiosos datos empíricos y un marco global en el que puedan evaluar sus opciones y las consecuencias que sus decisiones puedan tener. (OCDE, 2005, pág. 5)

Igualmente, resalta que el AIR es una herramienta que puede ayudar a los gobiernos a hacer políticas públicas más eficientes y que la calidad regulatoria contribuye a la buena gobernanza en el sector público. Además, reconoce que la herramienta es clave para obtener el apoyo de políticos y grupos de interés en el desarrollo de las políticas. (OCDE, 2005, pág. 2 y 8).

De otro lado, se plantean los cuatro objetivos principales del AIR en materia de costes regulatorios e impacto de la regulación, identificados por los gobiernos que utilizan dicha herramienta, a saber:

1. Mejorar el conocimiento de los efectos reales de la acción del gobierno, incluyendo tanto los beneficios como los costos de la acción. El AIR puede informar el proceso de toma de decisiones mediante la evaluación de la eficacia de una política y la relación coste-eficacia de sus instrumentos. El AIR puede ayudar a establecer prioridades de regulación lo que permite la asignación más eficiente de los recursos disponible, reduciendo el costo de la acción del gobierno.
2. Integrar múltiples objetivos de una política: el AIR puede ser utilizado como un marco integrador para determinar los impactos de las políticas y revelar los vínculos entre las mismas. Así las cosas, el AIR no sólo es una herramienta de análisis, sino un instrumento de coordinación de los diferentes intereses en juego.

3. Mejorar la transparencia y la consulta. El AIR expone los méritos de las decisiones y los impactos de las acciones. Por esta razón, el AIR está estrechamente vinculada a los procesos de consulta pública.
4. Mejorar la rendición de cuentas del gobierno. El AIR puede mejorar la participación y la responsabilidad de la toma de decisiones. Fomenta una comprensión del impacto que tendrán la decisiones y como se beneficiará la sociedad. (OCDE, 2005, pág. 7)

Otro punto importante que se resalta en el documento, es la necesidad de que el AIR sea apoyada por una política dinámica e instituciones reguladoras fuertes, y otras herramientas reglamentarias complementarias y de apoyo que garanticen la máxima transparencia y la rendición de cuentas en todas las etapas del proceso.

Así mismo, la organización aclara que si bien el AIR en sí mismo no determina qué decisión tomar, si proporciona datos empíricos que pueden aclarar las opciones disponibles para un proceso de toma de decisiones. Así las cosas, el AIR constituye un complemento de la buena toma de decisiones, más no un sustituto de la responsabilidad política. OCDE (2005, pág. 8).

Finalmente, como se mencionó, el documento hace un desarrollo de las “buenas prácticas”, propuestas en 1997, el cual resulta importante resaltar, como quiera que estas buenas prácticas determinarán los parámetros, que en principio debería seguir Colombia a la hora de implementar el AIR, lo cual será abordado en el capítulo tres de este trabajo.

1. **Maximizar el compromiso político del AIR:** el uso del AIR debe apoyarse en los más altos niveles de gobierno. Para lograr este objetivo, los instrumentos de alto nivel, tales como leyes o decretos que apoyan el uso del AIR son esenciales.
2. **Asignar cuidadosamente responsabilidades para los elementos del programa AIR:** Las responsabilidades de los elementos del programa del AIR, tales como

objetivos, análisis jurídico, justificación y efectos, deben asignarse con cuidado, compartirlos entre los ministerios y una unidad central de control de calidad.

- 3. Capacitar a los reguladores:** Los reguladores deben tener las habilidades para llevar a cabo un AIR de alta calidad. Ellos deben entender claramente los procesos de recopilación de datos. Es importante proporcionar formación en las primeras etapas de un programa del AIR, cuando tanto las habilidades técnicas y la aceptación cultural de su utilización como instrumento de política necesitan ser cultivados.

Manuales sobre el AIR y otras directrices son complementos importantes de la formación, pero no un sustituto de ella. Un manual de orientación puede ser menos eficaz si se percibe como demasiado legalista, excesivamente detallado, o poco práctico. Los mejores materiales parecen ser los que son simples y basado en ejemplos concretos o casos de estudio, y proporcionan orientación clara y práctica sobre la recolección de datos.

- 4. Usar un método analítico coherente, pero flexible:** Varios métodos del AIR se utilizan comúnmente en los países de la OCDE. Estos incluyen: beneficio / análisis de costos, la rentabilidad o el coste / análisis de la producción, el análisis fiscal o presupuestario, análisis socioeconómico del impacto, análisis de consecuencias, el análisis de costos de cumplimiento y las pruebas de impacto de negocio.

La tendencia mundial es el análisis de costo-beneficio, ya que tiene como objetivo la producción de políticas públicas que cumplan con el criterio de ser “socialmente óptimas”. Las mejores prácticas sugieren que estos sistemas de evaluación deben aplicar el principio de costo-beneficio para todas las decisiones regulatorias, pero la forma de análisis utilizado deberá basarse en juicios prácticos de viabilidad y el costo.

El análisis de costo-beneficio cuantitativo generalmente necesita complementarse con criterios cualitativos. Los reguladores deben tener cierta flexibilidad en la selección de los métodos de análisis disponibles. Esto implica que un buen análisis económico requiere el juicio profesional, y no puede ser el resultado de la aplicación de una fórmula.

- 5. Desarrollar e implementar estrategias de recolección de datos:** La recolección de datos es una de las partes más difíciles del AIR. Una mala estrategia de recolección de datos, puede impedir un buen análisis. Es esencial desarrollar estrategias y pautas precisas de recolección.

La información que requiere el AIR puede ser recogida de diferentes formas. La consulta pública es un método de recopilación importante, pero debe ser cuidadosamente estructurado y la información que proporciona debe ser cuidadosamente revisada para asegurarse que cumple la calidad necesaria para el análisis cuantitativo. Los reguladores pueden garantizar una mejor calidad de los datos mediante la participación de los grupos de expertos en el proceso de consulta, como el académico y otros organismos de investigación que no tengan fuertes intereses sectoriales en el tema.

- 6. Dirigir los esfuerzos hacia la regulación con mayor impacto:** el AIR debería aplicarse a todos los requerimientos regulatorios significativos, sin embargo, la capacidad analítica es un recurso escaso que debe ser asignado usando alguna regla de la razón. Los responsables políticos deberían centrar los recursos del AIR hacia propuestas que se espera que tengan el mayor impacto en la sociedad.

El AIR también debería concentrarse en los que tendrán un impacto notable en los resultados regulatorios. Esto ciertamente incluye tanto la legislación primaria, cómo la secundaria.

- 7. Integrar el AIR con el proceso de formulación de políticas, comenzando tan pronto como sea posible:** el AIR es un proceso difícil que necesita ser construido a lo largo del tiempo; no debe ser visto como un obstáculo para la toma de decisiones o en el trabajo legislativo, sino como una herramienta de mejora de la regulación, por tanto debe llevarse a cabo en las primeras etapas del proceso de toma de decisiones, pues de lo contrario se convierte simplemente en un justificante de las decisiones después de los hechos, o un papeleo sin sentido. La integración es un proceso a largo plazo, que a menudo conduce a un cambio cultural importante para los tomadores de decisiones.
- 8. Comunicar los resultados:** Los supuestos y datos utilizados en el AIR se pueden mejorar si se ponen a prueba a través de la divulgación y consulta pública. Publicar los AIR junto con proyectos de textos normativos como parte del procedimiento de consulta es una poderosa manera de mejorar la calidad de la información disponible sobre los nuevos reglamentos, y así mejorar la calidad de los propios reglamentos.
- 9. Involucrar la participación del público en el AIR tiene varios beneficios importantes:** El público, y en especial los afectados por las regulaciones, a menudo pueden proporcionar gran parte de los datos que se necesitan para completar el AIR.
- 10. Aplicar el AIR a la regulación existente, como a la nueva regulación:** el AIR es igualmente útil en la revisión de la regulación existente, como en la evaluación de nuevas medidas reglamentarias. De hecho, la revisión de la regulación existente implica menos problemas de los datos, por lo que la calidad del análisis resultante es potencialmente mayor.

El siguiente documento que fue publicado en el año 2008 y se denomina *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis: Guidance for Policy Makers*, puede considerarse como uno de los más importantes por la utilidad que brinda a los Estados miembros que desean implementar la metodología. Como su nombre lo indica, es una herramienta guía para definir o construir un marco institucional para el AIR.

Uno de los aspectos más importantes del documento es que plantea los pasos a seguir para desarrollar un AIR, a saber:

1. Definición del contexto político y los objetivos, en particular, la identificación sistemática del problema que constituye la base para la acción de gobierno.
2. Identificación y definición de todas las posibles opciones reglamentarias y no reglamentarias que permitirán alcanzar el objetivo de política.
3. Identificación y cuantificación de los impactos de las opciones consideradas, incluyendo los costos, los beneficios y los efectos distributivos.
4. El desarrollo de la aplicación y cumplimiento de estrategias para cada opción, incluyendo una evaluación de su eficacia y eficiencia.
5. El desarrollo de mecanismos de seguimiento para evaluar el éxito de la propuesta de política y para alimentar a esa información en el desarrollo de futuras respuestas regulatorias.
6. Consulta pública que da la oportunidad a todos los interesados de participar en el proceso de reglamentación. Esto proporciona información importante sobre los costos y beneficios de las alternativas, incluida su eficacia.

Lo anterior es la esencia misma de la evaluación de impacto regulatorio, es decir, ese conjunto de pasos lógicos que deben preceder a la expedición de cualquier norma, a fin de lograr que las decisiones tomadas sean realmente informadas respecto de las ventajas y desventajas e impacto potencial de las mismas.

Otro aporte fundamental del documento en mención, es que plantea cómo debe ser el marco institucional requerido para la implementación y aplicación exitosa de la herramienta. Menciona las condiciones previas que deben darse para la aplicación del AIR,

tales como un firme compromiso político; la integración del AIR en el inicio de los procesos de toma de decisiones; y la construcción de capacidades para llevar a cabo el AIR. (OCDE. 2008, pág. 57)

Finalmente, el documento señala cinco elementos que son relevantes para maximizar los beneficios de su aplicación, a saber: la coordinación dentro de la administración; priorización de los análisis; provisión de estrategias de recolección de datos fiables; diseño de métodos analíticos fuertes para el AIR; y la importancia de la transparencia pública para construir la confianza. (OCDE. 2008, pág. 57)

Ese mismo año, la OCDE publicó el documento *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis*, el cual constituye una guía para los policy makers que les permitirá responder cuestiones fundamentales que deben definirse antes de entrar a regular, tales como: ¿Cómo puede determinarse cuándo es apropiado regular?, ¿Qué información se necesita para hacer este juicio?, ¿Cómo puede saberse si la regulación está justificada?, ¿Cómo puede decidirse sobre el mejor tipo de regulación (u otra herramienta de política)?.

De otro lado, el documento en mención también permite que una vez se haya tomado la decisión de regular y se tengan varias opciones regulatorias, se escoja la mejor a través de diferentes tipos de análisis como el costo/ beneficio; costo /efectividad; análisis de criterios múltiples (MCA), entre otros. Finalmente, el Manual brinda herramientas para aprender a realizar el recaudo y manejo de los datos necesarios para realizar un AIR de calidad, que permita orientar la mejor decisión regulatoria.

Los factores mencionados serán abordados con mayor profundidad en el último capítulo, cuando se realice el análisis del caso Colombiano.

La siguiente publicación de la OCDE sobre el AIR fue *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence* en el año 2009, la misma incluyó los factores sistémicos que influyen en la calidad de la evaluación impacto regulatorio, los marcos metodológicos, que

pueden ayudar al AIR para mejorar la regulación, la orientación sobre el uso de la herramienta para evitar la regulación innecesaria de los mercados y una revisión de su uso en la regulación del gobierno corporativo. En conjunto, esta publicación ofrece valiosos consejos prácticos sobre cómo mejorar el rendimiento de los sistemas del AIR para mejorar coherencia de las políticas y promover el bienestar económico a través de la regulación de mejor calidad.

Posteriormente, en el año 2011, la OCDE publicó el documento *Integrating the Environment in Regulatory Impact Assessments*. En esta oportunidad como su nombre lo indica, el trabajo está enfocado a que se integre en las evaluaciones de impacto regulatorio, un análisis del impacto ambiental de la nueva regulación, principalmente en lo que al impacto de las emisiones de carbono se refiere. La OCDE (2011), señala que la inclusión de los aspectos ambientales en la evaluación de impacto regulatorios aumenta la legitimidad y la aceptabilidad de la regulación.

Ese mismo año, la OCDE publicó un estudio sobre la competencia denominado, *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, si bien el tema central no es el AIR, si dedica su cuarto capítulo a analizar la conveniencia de integrar las evaluaciones de competencia en los análisis de impacto regulatorio.

El documento comienza señalando que una evaluación amplia de competencia incluye cuatro aspectos a saber: (1) la clara identificación de los objetivos de la política; (2) proponer alternativas que logren dichos objetivos; (3) evaluación de los efectos de cada alternativa y (4) comparación de alternativa. Añade que posterior a ello, el análisis deberá concluir que se justifica la regulación solo si los beneficios superan los costos, incluidos aquellos que tienen un impacto anti-competitivo (OCDE, 2011, pág. 41).

A simple vista se observa que un análisis de impacto de la competencia resulta ser bastante similar a un análisis de impacto normativo, no obstante, tal como resalta la OCDE (2011, pág. 43), normalmente la responsabilidad de conducción de ambos análisis reside en diferentes sectores del gobierno, lo que puede generar una falta de coordinación. No

obstante, algunos países han tratado de integrar los AIR y el análisis de la política de competencia, por ejemplo en Reino Unido, el análisis del impacto competitivo debe incluirse en los AIR desde 2002, en la Comisión Europea, desde 2005 y en México desde 2012.

En consecuencia, el ideal es integrar ambos análisis y realizarlos en las primeras etapas del desarrollo de las regulaciones. En el caso del análisis de impacto a la competencia, un estudio inicial permitirá identificar si los posibles costos de los aspectos anticompetitivos de una propuesta regulatoria, son lo suficientemente grandes como para justificar una evaluación más profunda (OCDE 2011, pág. 72)

Sobre este tema, también se tiene el estudio denominado *Sustainability in Impact Assessments: A Review of Impact Assessment Systems in Selected OECD Countries and the European Commission*, publicado en el 2012, en el cual se avanza un poco más y plantea la necesidad de que la herramienta incluya el estudio sobre la sostenibilidad. Este documento tiene una visión amplia sobre los procedimientos del AIR que existen en los países de la OCDE, y se pregunta cómo se integran ahora preocupaciones de sostenibilidad en la formulación de políticas públicas. También explora las posibles tensiones entre las exigencias de mejora de la legislación y la consideración de la sostenibilidad.

Las anteriores consideraciones sobre el análisis de impacto regulatorio, nos ha permitido conocer el origen de la metodología, que se enmarca dentro de una tendencia mundial hacia la necesidad de mejorar la calidad de la regulación, a fin de que la intervención del Estado sea más eficiente y eficaz. Así mismo, nos ha mostrado que su aplicación no se ha dado de manera esporádica en algunos países, sino que son muchos los ordenamientos jurídicos que desde los años 80 y 90, comenzaron a implementarla y la han desarrollado de manera progresiva, en atención a los buenos resultados que han observado, tales como mayor transparencia en el proceso regulatorio, eficacia económica, un mejor entorno para los negocios que contribuye a mejorar los índices de competitividad, minimizar el fracaso regulatorio, aumentar la responsabilidad de los reguladores, entre otros.

Adicionalmente, observamos que la importancia y utilidad de la herramienta ha llevado a que organizaciones internacionales como la OCDE, la consagre dentro de sus buenas prácticas, recomienden su uso e implementación y se preocupe por desarrollarla a través de documentos guía para que los países la utilicen adecuadamente.

Lo anterior, indica que el uso del AIR no es una simple moda que deba seguir Colombia, sino que constituye una herramienta fundamental para lograr una buena regulación, como quiera que contar con un adecuado proceso de creación de nuevas regulaciones, incidirá en la eficacia y eficiencia de las normas, y los beneficios serán los que hemos mencionado.

Hechas estas consideraciones en el segundo capítulo analizaremos la experiencia de dos ordenamientos que han incorporado el AIR en sus procesos regulatorios a fin de observar con más detenimiento cómo funciona la herramienta, cuales son las implicaciones de su implementación y si la misma ha redundado en mejoras reales en la calidad de la regulación.

CAPÍTULO 2

LA EXPERIENCIA DE PAÍSES MIEMBROS DE LA OCDE: CHILE, MÉXICO Y AUSTRALIA

Como vimos en el primer capítulo, ya son muchos los países alrededor del mundo, que han incorporado la metodología AIR en su actividad regulatoria diaria, algunos cuentan con organismos especializados que se encargan de evaluar todo proyecto regulatorio antes de que pueda dársele el trámite respectivo y en otros casos, la evaluación de impacto se hace por la entidad o sector donde surge la iniciativa regulatoria.

Para el objetivo de este trabajo, resulta relevante tomar un par de experiencias internacionales cercanas, con el fin de analizar cómo fue el proceso de adopción del AIR en estos ordenamientos jurídicos y qué resultados positivos y/o negativos se generaron, ello, con el objetivo de tener algunos parámetros a la hora de determinar qué debe hacer Colombia para acoger la metodología.

Así las cosas, se optó por analizar en primer lugar la experiencia de los únicos países latinoamericanos que son miembros actuales de la OCDE, México y Chile. Este estudio permitirá tener una visión mucho más clara del camino que debe recorrer Colombia para implementar RIA y de esta forma acercarse un poco más a las directrices de la OCDE que le permitan, en un futuro, pertenecer oficialmente a la organización. Lo anterior teniendo en cuenta que se trata de dos países mucho más cercanos a la realidad económica, política y cultural de Colombia. De otro lado, con el fin de conocer la experiencia de un sistema AIR con más trayectoria, se escogió el caso Australiano por ser uno de los ordenamientos que adoptó la metodología de manera temprana y que mayores desarrollos ha presentado en cuanto a ámbito de aplicación y cumplimiento.

2.1 CHILE

En 2010, Chile ingresó oficialmente a formar parte de la OCDE, convirtiéndose en el miembro número 31 de esta organización, el segundo de Latinoamérica y el primero de América del Sur. El 11 de enero de 2010, fue firmado el “Acuerdo sobre los Términos del Acceso de la República de Chile a la Convención de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo”, el cual refleja los términos y condiciones bajo la cuales Chile adhirió a la OCDE.

Posteriormente, el 7 de mayo del mismo año, los Subsecretarios de Relaciones Exteriores y de Hacienda depositaron el instrumento de adhesión de Chile ante el Gobierno de Francia (depositario de la Convención OCDE), finalizando así con los trámites formales de acceso, de un largo proceso que comenzó en 2007, cuando Chile fue invitado a iniciar el proceso de acceso, junto con otros cuatro países.

El proceso de acceso implicó una evaluación de las leyes y prácticas de Chile frente a los estándares de la OCDE en un amplio rango de políticas. Para ello la OCDE preparó hojas de ruta, las cuales describían las etapas del proceso de adhesión, incluyendo una lista de aquellas áreas a evaluar respecto a un conjunto de instrumentos de la organización. El examen se realizó a través de 24 comités y subgrupos el cual terminó exitosamente en noviembre de 2009.⁹

Luego de su ingreso, se conformó la Misión de Chile ante la OCDE en 2011, cuyos principales objetivos eran: consolidar la relación entre Chile y la organización; dar continuidad a la presencia de Chile en particular en los Comités y Grupos de Trabajo detectados como prioritarios; presentar la visión y prioridades de Chile ante los Órganos de Gobierno de la OCDE; entre otros.¹⁰

⁹ Información disponible en el portal de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales <http://www.direcon.gob.cl/ocde/>

¹⁰ Toda la labor de potenciar la participación de Chile en la organización, se encuentra en manos de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, a través de su Departamento OCDE. Este órgano, coordina el trabajo de los ministerios y agencias de gobierno de Chile ante la OCDE. Cfr. <http://www.direcon.gob.cl/ocde/>

Habiendo conocido un poco como fue el proceso de ingreso de Chile a la organización, a continuación se indagará si el ordenamiento Chileno ha incorporado la herramienta RIA en su proceso normativo y regulatorio, y de ser así cómo lo hecho.

En primer lugar, debe decirse que hasta antes de 2010, Chile no contaba con un proceso formal de evaluación de impacto regulatorio, tal como se estableció en el informe de la OCDE denominado “*Regulatory Management Indicators - 2011*”, el cual realizó en 2009 y 2010, una encuesta de los sistemas de gestión de la reglamentación en los nuevos países miembros y candidatos a la adhesión y otras importantes economías, incluido Chile.

El estudio que se centró en 12 cuestiones de gobernanza regulatorias, entre las que se encontraba el uso del análisis del impacto normativo (AIR), determinó para el caso de Chile que este no contaba con un procedimiento formal de consulta cuando se preparaba una nueva regulación, no obstante el organismo responsable de la competencia, el consumo y el comercio, es consultado en algunos casos, y además la agencia del medio ambiente también es consultada cuando la nueva regulación tenía algún impacto ambiental. Así mismo, si bien no existe un procedimiento formal de consulta dentro del gobierno, los procesos informales se utilizan comúnmente para controlar y supervisar la calidad y la coherencia del proyecto de reglamento. (OCDE, 2011 a, pág. 3)

Adicionalmente, si bien la encuesta determinó que para 2009, Chile no tenía ningún proceso formal del AIR¹¹, se estableció que desde febrero de 2010, se promulgó una nueva Ley que de cierto modo incluía la metodología.

Lo anterior se refiere a la Ley 20.416 conocida como el Estatuto PyME, que fija normas para las empresas de menor tamaño, la cual fue aprobada por el Congreso a finales de 2009 y que crea el primer sistema tipo AIR en Chile, como quiera que establece un

¹¹ No obstante, la doctrina hace referencia a que en el proceso normativo chileno existen dos antecedentes de control previo durante la elaboración o modificación de normas: el control jurídico previo que realizan las divisiones jurídicas de los ministerios y en particular la del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y el control presupuestal que lleva a cabo la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. Estos controles, sin embargo, no evalúan en general el impacto sustancial de las regulaciones más allá de los aspectos jurídico-legales y presupuestales respectivamente. (CORDOVA, C. y J. VELAZQUEZ (2010, pág. 3)

proceso de evaluación previa de los impactos respecto de aquellas normas jurídicas que afecten a las empresas de menor tamaño¹².

Agüero, F. y P. Rivadeneira (2011, pág. 25), señalan que:

“el objetivo de dicha ley es adecuar la carga regulatoria de estas empresas, las “pymes” de modo tal que la regulación tenga en cuenta sus características y no les resulte asfixiante. Afirman que la novedad de la ley es que incorpora por primera ordenamiento chileno un sistema general de análisis de impacto regulatorio, al establecer la obligación de todos los organismos públicos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a EMT, de realizar una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las EMT”.

Al analizar la ley en mención se establece que el procedimiento de impacto regulatorio se consagra en su artículo quinto, el cual se cita a continuación:

“Artículo quinto: Procedimiento para la Dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General. *Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la ley N° 20.285. Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración.*

Las normas jurídicas generales indicadas en el inciso anterior serán informadas al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, previamente a su dictación o modificación. Dicho Ministerio deberá publicar en su página web todas las normas vigentes sobre empresas de menor tamaño, sin perjuicio de las obligaciones de publicidad propias de cada órgano de la Administración del Estado.

¹² De conformidad con el artículo segundo de la ley 20.416, se entiende por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas. Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.00 unidades de fomento en el último año calendario.

Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto.”

Antes de analizar la norma, es pertinente mencionar que ésta no establece de manera directa una medida tendiente a fomentar las empresas de menor tamaño, sino que busca establecer un sistema que permita determinar el impacto social y económico que una nueva regulación pueda tener sobre este tipo de empresas, con el fin de que no se conviertan en una barrera para el desarrollo de las mismas.

De otro lado, debe resaltarse que el artículo quinto citado, fue reglamentado por el Decreto 80 de 2010 denominado “Reglamento para la dictación de normas jurídicas generales que afecten empresas de menor tamaño”, el cual fue expedido con el fin de fortalecer clarificar el contenido del art. 5 del Estatuto PYME. A continuación se analizará con detenimiento el contenido de la norma, y de su decreto reglamentario, a fin de establecer el ámbito de aplicación de la norma, los órganos sujetos al procedimiento, las normas a las que se aplica, las excepciones que consagra, entre otros aspectos relevantes.

Comenzando con los organismos sujetos al procedimiento, de conformidad con el artículo tercero del Decreto 80 de 2011, están obligados a cumplir el procedimiento mencionado, los Ministerios, Subsecretarías y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República.

Así mismo, el artículo cuarto del decreto en mención, hace referencia a las normas a las que se aplica el procedimiento, a saber:

- a. Decretos supremos, reglamentos e instrucciones que se propongan dictar en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
- b. Las resoluciones, ordenes, circulares y acuerdos que se propongan dictar por los organismos de la administración del Estado, conforme a la normas legales que lo rigen para su emisión

- c. Cualquier otra norma jurídica que revista alcance general, que se propongan dictar los organismos señalados en el artículo 3º del presente reglamento, de acuerdo con sus facultades legales, que puedan afectar a las Empresas de Menor Tamaño.

Por su parte el artículo siguiente, determina algunas normas exentas del reglamento, esto es, las Ordenanzas Municipales; y los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado.

Así las cosas, tenemos que el procedimiento objeto de estudio, se aplica únicamente a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a las normas o reglamentos que emanen de la Administración pública, con excepción de las que emanen de los Consejos Municipales y aquellas que se considere meros dictámenes de la Administración del Estado. Quedan excluidas entonces también los proyectos de la Rama Legislativa.

Continuando con el análisis de la norma y su decreto reglamentario, se tiene que el artículo sexto de este último, establece cuándo una norma afecta a las Empresas de Menor Tamaño, al señalar:

“Se entenderá que una norma jurídica general afecta a las Empresas de Menor Tamaño, si sus disposiciones, de modo directo o indirecto, pudieren alterar el desenvolvimiento de dichas empresas en las etapas de iniciación, funcionamiento o término, en los siguientes aspectos:

- a) En la etapa de iniciación: Se entenderá que afectan a Empresas de Menor Tamaño, entre otras, aquellas normas que se dicten en conformidad a la ley y que se refieren al régimen de formalización, constitución, permisos, concesiones, licencias y autorizaciones para el ejercicio de una actividad económica o empresarial.
- b) En la etapa de funcionamiento: Se entenderá que afectan a Empresas de Menor Tamaño, entre otras, aquellas normas que se dicten en conformidad a la ley y que se refieren a los ámbitos sanitarios, tributarios, urbanístico, de transporte, laboral, aduanero, de comercio exterior, crediticio, del medio ambiente, normalización y certificación técnica de productos y equipos, propiedad industrial e intelectual financiero, innovación, fiscalización, capacitación y formación técnica.
- c) En la etapa de término: Se entenderá que afectan a Empresas de Menor Tamaño, entre otras, aquellas normas que se dicten en conformidad a la ley y que se refieren al

cese de actividades, insolvencia, concursos, quiebra, liquidación, disolución o cierre de actividades.

Teniendo claros los órganos y tipo de normas que están sujetas al procedimiento de que trata el Decreto 80 de 2011, se expondrá en qué consiste este, ello, conforme lo establecido en los artículos 7 a 10, y para ello se tomará como guía un Instructivo publicado en la página Web del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo¹³, el cual realiza algunas aclaraciones previas sobre el artículo quinto de la Ley 20.416 y su reglamento, sobre cómo opera el procedimiento, para luego fijar el “formulario de estimación de impacto regulatorio en empresas de menor tamaño”, al cual haremos referencia más adelante.

Así las cosas, indica el instructivo que la norma en comento establece las siguientes obligaciones:

1. *Obligatoriedad para los organismos de la administración del Estado que dicten normas de carácter general que afectan a las EMT, de enviarlas previo a su dictación (al menos 15 días antes) al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. En casos de normas que, por razones de urgencia, requieran de dictación inmediata, éstas se deben enviar al Ministerio de Economía con un día de anticipación. (Artículo 7)*
2. *Obligatoriedad para las instituciones que dictan dichas normas de publicar en su página de Gobierno Transparente los antecedentes preparatorios que sustentan dicha normativa, los cuales incluyen un formulario estándar. Este formulario debe presentar de manera resumida la propuesta normativa y los posibles efectos en las empresas de menor tamaño y constituye la información mínima a publicar como antecedente preparatorio, pudiendo la institución publicar además otros estudios que sustenten su propuesta normativa, incluyendo el borrador de la norma. La publicación de los antecedentes preparatorios se debe realizar también con al menos 15 días de anticipación a la dictación de la norma, y en caso de normas urgentes, con un día de anticipación. (Artículo 8)*

Como puede observarse, a partir de la expedición del Estatuto PyME, previo a la expedición de una norma que pueda llegar a tener un impacto sobre las EMT, y que emane de uno de los órganos del gobierno definidos por la norma, deben surtirse dos etapas, la

¹³Artículo Quinto, Ley 20.416: Resumen del procedimiento En Línea: http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2010/03/Manual_instrucciones_formulario_v2.pdf

primera consiste en remitir el proyecto normativo al Ministerio de Economía, con una anticipación determinada (15 días); y la segunda, publicar los antecedentes preparatorios que sustentan dicha normativa, los cuales incluyen una evaluación de impacto, que se materializa con el diligenciamiento de un formulario estándar diseñado por el Ministerio de Economía, con el objeto de uniformar la publicación de los antecedentes preparatorios.

A continuación se evaluará con detalle las 23 preguntas de que se compone el formulario, a fin de compáralas con las etapas que componen un AIR según lo ha definido la OCDE (2008), las cuales fueron expuestas en cuarta parte del capítulo uno, y a partir de ello, establecer que tanto se acerca el procedimiento chileno a los estándares establecidos por esta organización.

Previo a la evaluación del formulario vale la pena aclarar, que esta se desarrolla en el entendido de que el procedimiento chileno fue implementado para un sector muy específico y como señalan Córdova, C. y J. Velázquez (2010, pág. 6)

“sólo se enfoca en un tipo de impacto (costos de impacto para la PyME) y por lo tanto, no persigue una visión más amplia de la intervención pública evaluando otros tipos de impacto (p. ej. Al presupuesto, al medio ambiente, a la competencia a los consumidores), así como no los relativiza ante los beneficios que las normas crean en una economía y sociedad moderna.”

Hecha esta precisión, se tiene que el formulario está compuesto por 23 preguntas, agrupadas en tres secciones. La primera denominada “datos generales” incluye las preguntas referentes a fecha de publicación, título de la propuesta, tipo de norma, si se trata de una norma nueva o una modificación de una existente, organismo que elabora la norma, y datos de contacto. Estas preguntas, no hacen parte de la metodología del AIR, como quiera que trata de información básica del proyecto que no está dirigida a establecer cuál es la mejor alternativa regulatoria o cuales son los posibles impactos de la regulación. .

La segunda sección denominada “antecedentes de la propuesta”, consta de cinco preguntas (10 a 14), a continuación se describirá la pregunta y se indicará a que etapa de RIA corresponde:

Pregunta 10: Descripción del problema que motiva la elaboración de esta normativa. ¿Cuál es el problema que existe y que justifica la implementación de la norma propuesta por parte del Estado?: Por ejemplo, dar respuesta a las siguientes preguntas ¿Cuál es la situación actual? ¿Qué ocurre si no se implementa la norma?, ¿Qué riesgos existen?

Pregunta 11: ¿Cuáles son los objetivos principales de la propuesta?

Pregunta 12: Descripción de la propuesta y resultados esperados. Describa brevemente el contenido de la propuesta, incluyendo los cambios que implican con relación a la situación actual, y sus resultados esperados.

Como puede observarse estas tres preguntas se asemejan al primer paso de RIA según la OCDE (2008) *Definición del contexto político y los objetivos, en particular, la identificación sistemática del problema que constituye la base para la acción de gobierno.*

Pregunta 13: ¿Se consideraron alternativas, regulatorias o no regulatorias, que luego fueron descartadas en favor de la propuesta actual?

Pregunta 13A: En caso de contestar (SI) en la pregunta 13, indique entre las opciones siguientes qué tipo de alternativas fueron evaluadas entre las opciones disponibles la(s) alternativa(s) considerada(s).

Pregunta 13B: Indique las razones para descartar las alternativas consideradas mencionadas en 13A. Describa brevemente para cada alternativa seleccionada en 13A las razones para ser descartada.

Las anteriores preguntas resultan coherentes con el segundo paso de RIA *Identificación y definición de todas las posibles opciones reglamentarias y no reglamentarias que permitirán alcanzar el objetivo de política.* Como quiera que pretenden que el proponente del proyecto normativo haya evaluado todas las opciones posibles, incluso la referente a no regular, y que luego de un proceso serio de depuración concluyó que la opción propuesta es la más adecuada para lograr los objetivos propuestos.

No obstante de la simple lectura del formulario y de las normas que regulan el procedimiento, no se desprende que método analítico se utiliza para comparar las diferentes alternativas, es decir, si se trata de un análisis costo / beneficio o un análisis socioeconómico de impacto, o cualquier otro método que suela usarse en el desarrollo de un AIR.

Pregunta 14. ¿Se consultaron los contenidos de la propuesta con otras entidades relevantes? Indique si realizó algún tipo de consulta o reuniones con otros actores durante el proceso de diseño de la propuesta

Pregunta 14A: En caso de contestar (SI) en la pregunta 14, seleccione entre las opciones siguientes cuales entidades fueron consultadas para afinar el contenido de la propuesta.

Estas dos preguntas se asemejan al paso seis del AIR: *Consulta pública para dar la oportunidad a todos los interesados de participar en el proceso de reglamentación*. Dentro de las opciones que presenta el formulario para ser marcadas por una X, se encuentra, “otros organismos del Estado”, “entidades gremiales”, “centros de estudio”, y “otros”. Sin embargo, no hay claridad sobre si esta consulta se limita a otras entidades según cada caso, o es extensiva a todos los Stakeholders. Como se ha dicho, la consulta pública es una etapa de gran importancia, como quiera que la consulta con los interesados no es solo una fuente importante de información (datos) a la hora de tomar la decisión, sino que ayuda a legitimar el proceso regulatorio gracias a la transparencia que brinda la consulta pública.

Posteriormente, el formulario contiene una tercera sección denominada “Estimación del impacto de la propuesta en EMT”, que está compuesta por nueve preguntas (15 a 23), todas tendientes a determinar el impacto de la propuesta normativa para las empresas objeto de regulación. Se incluyen aspectos como el impacto a los mercados de bienes y servicios, al mercado de proveedores, y al mercado laboral. También se cuestiona si la propuesta genera costos adicionales para las empresas y qué porcentaje de las mismas se ve afectada por el proyecto regulatorio¹⁴. Como ya se mencionó, esta norma no contempla una evaluación de los proyectos regulatorios, más allá de su posible impacto a las EMT.

¹⁴ El formulario completo puede ser consultado en http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2010/03/Manual_instrucciones_formulario_v2.pdf

Córdova, C. y J. Velázquez (2010, pág. 6), encuentran varias diferencias entre el procedimiento chileno y los estándares internacionales sobre el AIR:

- El cumplimiento del procedimiento del artículo 5° no es obligatorio ya que su inobservancia no afecta en última instancia la validez del acto en cuestión¹⁵.
- Aunque los ministerios y organismos cumplan con el procedimiento, no existe una autoridad independiente que lleve a cabo una revisión previa de los Informes de Evaluación realizados por las autoridades y que desafíe la información proporcionada por las mismas, es decir, que cuestione la calidad y la veracidad de dicha información. En otras palabras, el sistema carece de los ‘pesos y contrapesos’ característicos de un sistema RIA.
- Aspectos importantes de un sistema del AIR típico, como son la obligatoriedad de consultar a los regulados o el análisis de alternativas (incluyendo la opción de no regular) no están contempladas en el sistema chileno.

De nuestra parte, consideramos que frente a la primera diferencia, no se encuentra que la OCDE recomiende o contemple que la no realización del AIR, conlleve a la invalidez de la norma o regulación, así mismo, en los ordenamientos jurídicos estudiados en este trabajo (Capítulo 1), tampoco se encontró esta consecuencia jurídica, lo anterior se debe a la misma naturaleza de esta metodología, como herramienta de mejora regulatoria que ayuda a la toma de decisiones, más no es un sustituto del juicio político.

Así mismo, no se comparte parcialmente la tercera diferencia expuesta por los autores, pues entendemos, que las preguntas 13, 13A y 13B, abarcan el análisis de alternativa, incluida la de no regular, obviamente con las limitaciones expuestas.

¹⁵ El último párrafo del artículo quinto de la Ley 20.416 señala: “Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto.”

Sin embargo, si estamos de acuerdo con ellos frente al hecho que la consulta pública es bastante limitada, como quiera que se las preguntas 14 y 14A del formulario, como ya se advirtió, pareciese indicar que solo incluye a las entidades relevantes, mas no a los *stakeholders*, ni se observa que los proyectos regulatorios sean previamente publicados para conocimiento de todos los interesados.

De otro lado, podría agregarse que el procedimiento chileno no es claro en cuanto a la metodología de evaluación de impacto, es decir, si se trata de un análisis costo-beneficio, o que tipos de consideraciones son admisibles y cuáles no.

Finalmente, a efectos de ver cómo se está aplicando el procedimiento en la realidad, vale la pena citar un estudio realizado por Agüero y Rivadeneira (2011), quienes para conocer la implementación del sistema del AIR que establece el Estatuto Pyme, tomaron una muestra de 97 formularios publicados en el sitio web de Gobierno Transparente, respondidos por los órganos estatales que dependen de aquellos ministerios que, según su opinión, poseen mayor incidencia regulatoria sobre las EMT. Dichos ministerios son: Economía, Hacienda, Salud, Transportes, Trabajo, Educación, Obras Públicas, Minería y Energía.

Algunos de los resultados de dicho estudio fueron:

- Se encontró que 88 de los 97 formularios provenían del Ministerio de Economía. Esto lo interpretan los investigadores como que la única secretaría de Estado que efectivamente ha cumplido con el artículo 5° de la Ley 20.416 ha sido precisamente el Ministerio encargado de la implementación de dicho estatuto legal. Mientras, el resto de la Administración del Estado a la cual está dirigida la obligación no parece haber dedicado ni tiempo ni recursos suficientes al cumplimiento de la ley. (pág. 27)
- *Parece existir cierta inercia en los servicios públicos a la hora de tomar sus decisiones regulatorias –inercia que resta efectividad a las políticas públicas pro EMT– y que consiste en que los servicios públicos, en especial los menos*

sofisticados, no acostumbran considerar diversas alternativas regulatorias a la hora de fijar sus normativas en general y las sus regulaciones para EMT en particular. Lo anterior se refleja en el hecho de que frente a la pregunta contenida en el formulario de si se consideraron alternativas regulatorias o no regulatorias que luego hayan sido descartadas en favor de la propuesta actual, sólo en un 8% de los formularios se contesta afirmativamente. Contrasta lo anterior con las respuestas que encontramos a la pregunta de si fueron consultados los contenidos de la propuesta regulatoria con otras entidades relevantes. En este último caso, en un 89% de los formularios se señala que efectivamente se habrían realizado dichas consultas. (pág. 28)

- *Respecto a la dificultad para introducir un sistema de RIA en el aparato estatal, creemos que ello se explica por tres causas principales: (i) el hecho de que los distintos servicios públicos no entiendan la utilidad de llevar a cabo un RIA, (ii) la falta de un sistema de incentivos (o sanciones) para que los servicios públicos cooperen con la implementación del sistema y (iii) la amplitud excesiva del sistema de RIA que consagra el Estatuto Pyme, considerando que es un plan piloto en nuestro país. (pág. 30).*

Como puede observarse a Chile le queda mucho camino por recorrer en lo que a la implantación de RIA se refiere, si bien el procedimiento creado en la Ley 20.416 es un comienzo, resulta tener un alcance muy limitado y además como dejó verse en el último estudio mencionado, su aplicación ha sido reducida, al parecer por varios problemas tales como la falta de conocimiento de la herramienta, o el hecho de que las autoridades que deberían aplicarla, no le encuentran mayor utilidad y la conciben como un mero requisito que cumplir o un papeleo que evacuar.

Adicionalmente, también podría tratarse de una escasez de recursos financieros y humanos necesarios para la apropiada implementación de una RIA, frente a lo que Agüero y Rivadeneira (2011, pág. 31), proponen realizar un proyecto piloto que permita una adaptación más progresiva de las autoridades públicas. Lo anterior, evidentemente debe ir

unido a la capacitación pertinente y a un proceso de interiorización de la herramienta a fin de que se aprecie su real utilidad y sea aplicada no como un mero trámite sino como un proceso real de mejora regulatoria que redundará en beneficio de la administración pública y de la sociedad en general.

Evidentemente la herramienta también debe ampliarse a otro tipo de normas y no solo aquellas que presuntamente impacten las EMT. Es prioritario que en la regulación chilena se empiecen a considerar otros impactos como el ambiental, presupuestario, social, económico, y que se defina claramente la metodología a aplicar, preferiblemente una análisis de costo beneficio u otro similar que permita establecer cuál es la mejor opción regulatoria, reduciendo así los costos de la regulación y legitimando el proceso de la toma de decisiones.

Para finalizar el estudio del caso chileno, es importante traer a colación un estudio realizado por la OCDE en 2012, denominado “La evaluación de las leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile” referido al sistema y el proceso de evaluación *ex post* de las leyes en Chile. El documento estudia las metodologías usadas por el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados de Chile, para analizar los efectos de las leyes, el papel que tienen las percepciones ciudadanas y sus principales logros. (OCDE, 2012. Pág. 49).

Si bien este estudio se refiere a la evaluación *ex post de la leyes*, resulta relevante para el tema que se está tratando, por cuanto en uno de los apartes del mismo, se analiza la relación que existe entre la evaluación *ex post* y la evaluación *ex ante* (RIA), y se destaca la importancia de esta última en el proceso de creación de las leyes y regulaciones, a continuación se citan los apartes más relevantes.

“Para que sea eficaz, la evaluación ex post requiere claridad sobre los objetivos, impacto y resultados esperados de las políticas públicas. Estos objetivos conforman un marco contra el cual la ley puede ser examinada y calificada una vez implementada. El análisis de impacto regulatorio (RIA) es central en este proceso. Es precisamente durante la evaluación ex ante cuando el problema debe definirse

adecuadamente y los objetivos regulatorios o de política pública deben establecerse con claridad. Además, los objetivos declarados durante la consideración detallada de políticas públicas y la etapa de escrutinio parlamentario prelegislativo pueden definir y aclarar el propósito y el resultado pretendido”. (OCDE, 2012. Pág. 25).

“Los temas y las evaluaciones planteados en los RIA pueden utilizarse para determinar las preguntas en torno a las cuales se realiza la evaluación ex post. Y lo más importante: con la evaluación ex post se valora el grado de precisión de las comparaciones y las conclusiones del RIA. Los métodos elegidos para la evaluación, sean cualitativos o cuantitativos, buscarán determinar esto.

El papel del Ejecutivo es crucial en esta labor. Es el Ejecutivo el que elige las áreas identificadas dentro del RIA y, de manera central, es el Ejecutivo el que formula las evaluaciones de los efectos propuestos con base en los cuales la Legislatura escruta la norma propuesta y subsecuentemente aprueba la ley. Por esto, concierne al Ejecutivo dar prioridad y facilitar los recursos para garantizar que los RIA y las evaluaciones ex ante sean tan completos y útiles como sea posible.” (OCDE, 2012. Pág. 26).

“Las dos ramas del Gobierno deben procurar establecer un propósito común de garantizar que los mecanismos y compromisos promuevan una regulación de alta calidad. El Ejecutivo debe comprometerse con las mejores prácticas de administración regulatoria y debe poner en marcha políticas y procedimientos formales ex ante; el Legislativo debe contar con mecanismos de escrutinio y rendición de cuentas para supervisar y evaluar lo que el Gobierno ha hecho y buscar explicaciones, información y justificación por sus acciones.” (OCDE, 2012. Pág. 27).

Como se observa se desataca la relación estrecha y necesario entre la evaluación ex post y la evaluación ex ante, y se exhibe la necesidad de que los órganos del poder público chileno tome acciones tendientes a la implementación de herramientas del AIR, la cual, no solo ofrecería información valiosa para una evaluación ex post, sino que contribuiría a estructurar un sólido sistema de gestión regulatoria. Sin embargo a pesar de la intención manifiesta de que se incorpore la metodología RIA en el proceso de creación normativo y regulatorio, hasta la fecha en que se finalizó este trabajo, no se conoce norma o regulación alguna diferente al Estatuto PyME que introduzca el AIR en el ordenamiento chileno, por lo que se insiste en que queda mucho camino por recorrer.

2.2 MÉXICO

México ingresó a la OCDE el 18 de mayo de 1994, convirtiéndose en el miembro número 25, y en el primer país latinoamericano en hacer parte de esta organización. El Decreto de promulgación de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la aceptación de sus obligaciones como miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio del mismo año.

En palabras de la Secretaria de Relaciones Exteriores (2012, pág. 6),

“...una de las principales motivaciones que condujo a México a incorporarse a la Organización fue vincular al país con las economías más desarrolladas, a fin de aprender de sus experiencias en el diseño de sus políticas públicas, que contribuyen a mejorar la calidad de vida de la población. Tal como lo explicó el entonces canciller Manuel Tello “México no se despertará como un país rico al adherirse a la OCDE”, no obstante, el país evidenció ante los 24 países más desarrollados del mundo, ser “un socio viable”, lo que estimuló la inversión extranjera directa (IED) en el país, derivado del aumento de la confianza de los inversores internacionales con respecto a la estabilidad económica de México.”¹⁶

Frente a los antecedentes del ingreso de México a la OCED, Carlos Hurtado primer representante permanente de México ante la OCDE¹⁷, señala que desde el principio de la década de los 90, México vivió un fuerte impulso de reforma económica, que incluía dos objetivos claros, el primero, consolidar la estabilidad macroeconómica y segundo, avanzar en las reformas microeconómicas, con el fin de hacer posible un crecimiento del producto sostenido equilibrado. Así las cosas, señala el autor que entre 1989 y 1993, se generó un ambiente que parecía apoyar la reforma económica del país. Uno de los resultados de esa reforma fue la firma del TLC con Estados Unidos y Canadá. (OCDE, 2006, pág. 52)

¹⁶ Políticas Públicas para un Mejor Desempeño Económico: Experiencias del Mundo para el Desarrollo, México 10 años en la OCDE, OCDE, 2006, pp. 42-50. Citado por Secretaria de Relaciones Exteriores (2012).

¹⁷ Carlos Hurtado López, fue representante permanente de México ante la OCDE entre 1994 y 1997.

Añade, que durante las negociaciones de dicho tratado, se generó un acercamiento con la OCDE, en virtud del interés de ambas partes; la OCDE buscaba abrirse al mundo que luego de la caída del muro de Berlín que traía consigo transformaciones muy importantes. Por su parte el Gobierno mexicano, buscaba “...*acercarse a países industrializados en un ambiente de pluralidad y mediante un dialogo horizontal, y, a la vez, de comprometerse con otros a que las reformas serían irreversibles y permanentes.*” (OCDE, 2006, pág. 54)

En 1992, México a través de su embajada en Francia, comenzó su camino para ingresar mediante el cabildeo con los representantes de los países miembros. En ese año la OCDE realizó un estudio sobre la economía mexicana, el cual se convertía en el primer estudio sobre un país no miembro. Ya para 1993, aumentó considerablemente el número de comités y grupos de trabajo en los que México participó, por lo que en junio de ese año, se inició formalmente el proceso de negociaciones de los términos y condiciones bajo los que México podría ingresar a la OCDE. En palabras de Carlos Hurtado ello mostró que México fue considerado como el país que, por el momento, representaba mejor el papel de las ahora llamadas economías emergentes en la naciente ola de globalización. (OCDE, 2006, pág. 54)

Hoy, después de 20 años, el gobierno mexicano reconoce que la participación de México en la OCDE, le ha permitido aprovechar las experiencias de otros países y a la vez dar a conocer mejor la economía mexicana ante los demás países miembros. Señala que México se convirtió en el vínculo entre los países desarrollados y en vías de desarrollo, principalmente en América Latina. De la misma manera, las recomendaciones que emanan de los Comités de la OCDE han servido de instrumento “*para llevar a cabo profundas reformas económicas y sociales en el país*”. (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2012, pág. 6).

De acuerdo con la OCDE¹⁸, algunos de los beneficios específicos del ingreso de México a la OCDE son entre otros, que las políticas públicas en los distintos ámbitos son

¹⁸ Información disponible en el portal del Centro de México de la OCDE. <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/laocdeenmexico.htm>

contrastadas con la experiencia de las mejores prácticas en el ámbito internacional; la administración pública en México se ha visto fortalecida; distintos sectores del país también pueden hacer uso de análisis de información relevante. Así mismo, la contribución de México hacia la OCDE ha sido la apertura de la OCDE al resto del mundo, y propiciar el debate del desarrollo económico desde la perspectiva de una economía emergente.

Habiendo conocido algo del proceso de ingreso de México a la OCDE, y cuales han sido los beneficios de pertenecer al este grupo de países, se entrará a examinar si dentro del ordenamiento jurídico mexicano, se contempla la metodología RIA, como proceso de mejora regulatoria según las recomendaciones de la OCDE.

Indagando la estructura institucional de México, en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (artículo 69 –E), se encuentra que existe la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER), órgano administrativo desconcentrado, con autonomía técnica y operativa, sectorizado a la Secretaría de Economía del Gobierno Federal de México. Dicha entidad, creada en el año 2000, está encargada de promover la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad.

Dicha entidad cuenta con un Director General y tres coordinaciones, una de ellas se denomina “Coordinaciones Generales”, la cual se compone a su vez por cinco coordinaciones entre las que se encuentra la Coordinación General de Manifestación de Impacto Regulatorio.

El Director General es el titular del órgano interno de control en la Secretaría de Economía y es designado por el Presidente de la República. Por su parte, las 5 Coordinaciones Generales, son las encargados de promover la mejora regulatoria en las dependencias y organismos descentralizados del Gobierno Federal.

Revisando las funciones de COFEMER establecidas en la norma citada, encontramos dos directamente relacionadas con la evaluación de impacto regulatorio, a saber:

1. Dictaminar los anteproyectos a que se refiere el artículo 69-H¹⁹ y las manifestaciones de impacto regulatorio correspondientes;
2. Opinar sobre los programas de mejora regulatoria de las dependencias y los organismos descentralizados de la administración pública federal;

Como puede observarse, en México se consagra la evaluación de impacto regulatorio, como proceso de mejora regulatoria y el organismo encargado de su aplicación es la COFEMER. Pero antes de entrar a analizar cómo se aplica la herramienta, es pertinente conocer un poco los antecedentes de la misma.

El camino comenzó en 1992 cuando en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, se incluyó la obligación de realizar un análisis de costo / beneficio durante el desarrollo de las normas técnicas (Normas Oficiales Mexicanas o NOMs). En ese momento, se presentaron algunos problemas de aplicación con los comités consultivos encargados de la preparación del análisis costo-beneficio, teniendo gran dificultad para producir datos científicos.

Posteriormente, en el año 1996 la metodología fue adoptada formalmente, mediante la reforma a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA). Sin embargo fue

¹⁹ Artículo 69-H.- Cuando las dependencias y los organismos descentralizados de la administración pública federal, elaboren anteproyectos de leyes, decretos legislativos y actos a que se refiere el artículo 4, los presentarán a la Comisión, junto con una manifestación de impacto regulatorio que contenga los aspectos que dicha Comisión determine, cuando menos treinta días hábiles antes de la fecha en que se pretenda emitir el acto o someterlo a la consideración del Titular de Ejecutivo Federal.

Artículo 4.- Los actos administrativos de carácter general, tales como reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, disposiciones que tengan por objeto establecer obligaciones específicas cuando no existan condiciones de competencia y cualesquiera de naturaleza análoga a los actos anteriores, que expidan las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación para que produzcan efectos jurídicos.

cuatro años después, mediante la reforma de la mencionada Ley en el año 2000, que institucionalizó el procedimiento de elaboración de normas basado en el AIR y la consulta pública. Así mismo, con dicha reforma, se amplió el número de proyectos legislativos y regulatorios a los que debía realizárseles un AIR antes de su promulgación. (OCDE, 2014, pág. 66)

Una década después, llegaron las reformas sustanciales al proceso del AIR con el fin de ajustarse plenamente a los principios de mejores prácticas de la OCDE. Un cambio importante fue el de diferenciar entre las regulaciones que se espera tengan un impacto moderado y las que se espera tengan un alto impacto. Lo anterior, a través de una herramienta denominada Calculadora de Impacto de la Regulación, que veremos más adelante. Esta diferenciación surgió con el fin de hacer un mejor uso de los recursos del AIR y agilizar el análisis de los anteproyectos que se consideren de impacto moderado y de fortalecer el análisis de los anteproyectos que se consideren de alto impacto. (OCDE 2014, pág. 66)

Adicionalmente, en el mes de julio de 2010, se publicó el *Manual de Manifestación de Impacto Regulatorio*, en el cual se fijaron los procedimientos de mejora regulatoria y la manera de llevar a cabo su cumplimiento por parte de la COFEMER, las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal. El manual incluye además el instructivo para el diligenciamiento de cada uno de los formatos que los organismos descentralizados deben utilizar para el envío de los anteproyectos a la COFEMER. Así las cosas, para explicar en qué consiste y cómo se aplica RIA en México, se tomará como fuente principal el mencionado manual.

En primer lugar, resulta necesario mencionar que el nombre que se otorgó a la metodología es “Manifestación de Impacto Regulatorio – MIR” y ha sido definida por COFEMER como una

“...herramienta de política pública que tiene por objeto garantizar que los beneficios de las regulaciones sean superiores a sus costos. La MIR permite analizar

sistemáticamente los impactos potenciales de los instrumentos regulatorios para la toma de decisiones gubernamentales, fomentando que éstos sean más transparentes y racionales”. (Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2010).

La implementación de la herramienta en México, se dio en el año 2000 con una reforma a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que estableció la obligatoriedad de presentar la MIR para todas las dependencias que elaboraren anteproyectos de leyes, decretos legislativos y actos de carácter general, a excepción de los actos de naturaleza fiscal.

La implementación de la MIR ha mejorado progresivamente, adaptándose a las necesidades de la economía, el mercado y la sociedad. Procesos de mejora regulatoria han sido previstos en otras leyes federales tales como la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que en su Título Tercero A, fija un proceso de mejora regulatoria para los anteproyectos de regulación que las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, desean emitir o promover ante el Titular del Ejecutivo Federal. Por su parte, la Ley Federal sobre Metrología y Normalización establece en su artículo 45 un proceso de mejora regulatoria focalizado a las normas oficiales mexicanas. Finalmente, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria establece en su artículo 77 un proceso en el cual las dependencias y entidades deben contar con un dictamen regulatorio para los proyectos de reglas de operación.

En todas las normas mencionadas se consagra la obligación de las dependencias y organismos descentralizados de enviar sus anteproyectos a la COFEMER a fin de que los mismos se sometan a un proceso de consulta pública y el concepto posterior de dicha Comisión emitido mediante resolución.

Así las cosas, el ámbito de aplicación de MIR, de acuerdo a lo dispuesto en el Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), se circunscribe a todas las Dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada y a los Organismos Descentralizados de la Administración Pública Paraestatal, salvo la Secretaría

de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina, por disposición expresa del Artículo 69-A de esta norma.

Adicionalmente, del contenido del artículo primero de dicha esta ley, que establece el ámbito de aplicación de sus disposiciones, pueden colegirse otras exclusiones a la aplicación de la MIR, toda vez que dicha norma dispone: (...) *Este ordenamiento no será aplicable a las materias de carácter fiscal²⁰, responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, ni al ministerio público en ejercicio de sus funciones constitucionales.*”

De otro lado, en el Artículo 9 de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, se encuentra otra excepción a la aplicación de MIR, cuando la norma establece que:

(...) El Instituto (Instituto Mexicano del Seguro Social), deberá sujetarse al Título Tercero A de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo para efectos de lo previsto en éste, con las excepciones que la citada ley indica y las correspondientes a los trámites y procedimientos directamente relacionados con la prestación de servicios médicos de carácter preventivo, de diagnóstico, rehabilitación, manejo y tratamiento hospitalarios.

Finalmente, resulta importante señalar, que el proceso de mejora regulatoria COFEMER, únicamente aplica a las Dependencias y Organismos Descentralizados de la Administración Pública Federal²¹. Así las cosas, se excluye dicho proceso de la emisión de las regulaciones que realizan otros poderes (legislativo y judicial), o las entidades federativas y municipios, o bien los órganos autónomos de Estado. Igualmente, la MIR no aplica a las empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito e instituciones nacionales de seguros y de fianzas, ni a los fideicomisos²².

²⁰ La norma mencionada en el último párrafo, aclara que *para los efectos de esa Ley sólo queda excluida la materia fiscal tratándose de las contribuciones y los accesorios que deriven directamente de aquéllas.*

²¹ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 69-D de la LFPA, los titulares de las dependencias y los directores generales de los organismos descentralizados de la administración pública federal, obligados a realizar la MIR, designarán a un servidor público con nivel de subsecretario u oficial mayor, que estará encargado de suscribir y enviar a la COFEMER, los anteproyectos de leyes, decretos legislativos y actos a que se refiere el artículo 4 y las manifestaciones respectivas que formule la dependencia u organismo descentralizado correspondiente.

²² Información disponible en el portal web de la entidad <http://www.cofemer.gob.mx>

Definidas las entidades o dependencias que están obligadas a enviar sus anteproyectos a la COFEMER, surge la pregunta sobre qué tipo de anteproyectos se incluyen. El artículo 69 H de la LFPA, hace referencia a anteproyectos de leyes, decretos legislativos y actos, elaborados por las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública general, a que se refiere el artículo 4 de dicha Ley. Dicho artículo se refiere a:

“los actos administrativos de carácter general, tales como reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, disposiciones que tengan por objeto establecer obligaciones específicas cuando no existan condiciones de competencia y cualesquiera de naturaleza análoga a los actos anteriores, que expidan las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal.”

No obstante lo anterior, no se trata de todos los anteproyectos mencionados, pues la realización de la Manifestación de Impacto Regulatorio, solo deberá hacerse cuando el anteproyecto de que se trate tenga costos de cumplimiento para los particulares. Dicha decisión la toma COFEMER a través de una resolución motivada, como respuesta a la solicitud de exención de la MIR, que presenta la entidad promotora del anteproyecto²³. De acuerdo al Manual de la MIR, la COFEMER para efectos de determinar cuándo se presenta este supuesto se cuestiona acerca de las siguientes variables:

1. *Crea nuevas obligaciones para los particulares o hace más estrictas las obligaciones existentes;*
2. *Crea o modifica trámites (excepto cuando la modificación simplifica y facilita el cumplimiento del particular);*
3. *Reduce o restringe derechos o prestaciones para los particulares; o,*

²³ **Artículo 69-H.** LFPA: (...) Se podrá eximir la obligación de elaborar la manifestación cuando el anteproyecto no implique costos de cumplimiento para los particulares. Cuando una dependencia u organismo descentralizado estime que el anteproyecto pudiera estar en uno de los supuestos previstos en este párrafo, lo consultará con la Comisión, acompañando copia del anteproyecto, la cual resolverá en definitiva sobre el particular, salvo que se trate de anteproyecto que se pretenda someter a la consideración del Titular del Ejecutivo Federal, en cuyo caso la Consejería Jurídica decidirá en definitiva, previa opinión de la Comisión.

4. *Establece definiciones, clasificaciones, caracterizaciones o cualquier otro término de referencia, que conjuntamente con otra disposición en vigor o con una disposición futura, afecten o puedan afectar los derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares.*

Si se responde afirmativamente alguna de estas preguntas, se requiere que se elabore la MIR del anteproyecto. Cuando se trate de anteproyectos de leyes, reglamentos o decretos presidenciales, corresponde a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, definir la procedencia de la solicitud de exención por no costos, previa opinión de COFEMER. (Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2010)

De otro lado, se tiene que la MIR no es la misma para todos los anteproyectos, pues según las características de cada uno, debe realizarse un tipo de MIR específico. Así las cosas, existen cuatro tipos de MIR a saber: MIR de actualización periódica, MIR de alto impacto, MIR de impacto moderado y MIR de emergencia (COFEMER, 2010)

A continuación de manera breve se mencionara en que consiste cada tipología, y su procedimiento:

MIR de actualización periódica: Para anteproyectos que pretenden modificar disposiciones que por su naturaleza deban actualizarse periódicamente, sin imponer obligaciones adicionales a las ya existentes. En este caso la COFEMER al analizar el anteproyecto y la MIR, debe verificar, que el anteproyecto efectivamente sea una actualización o renovación de la vigencia de un ordenamiento previamente en vigor; y, que no modifique el carácter de las obligaciones de los particulares. Para esta tarea cuenta con diez días hábiles, dentro de los cuales deberá emitir la resolución que corresponda, la cual puede consistir en, aprobar el trato de actualización periódica; requerir información adicional que justifique la procedencia de la solicitud; o, determinar la no procedencia del trato de actualización periódica.

Si se justifica el trato de actualización periódica, la dependencia u organismo promotor podrá presentar la MIR de actualización periódica hasta tres días hábiles antes de que se pretenda emitir el acto o someter el anteproyecto a la consideración del Ejecutivo Federal. Si la COFEMER considera que el anteproyecto no cumple con los supuestos para proporcionarle el trato de actualización periódica, solicitará la presentación de la MIR correspondiente.

MIR de Emergencia: Se presenta cuando el anteproyecto que se pretenda someter a consideración de la COFEMER cumpla con los criterios para la emisión de regulación de emergencia.

De conformidad con el manual de la MIR, los supuestos para una MIR de emergencia son: a) Si las medidas propuestas en el anteproyecto tienen una vigencia no mayor a seis meses; b) Si el objeto del anteproyecto es evitar un daño inminente o atenuar o eliminar un daño existente, a la salud o bienestar de la población, al medio ambiente o a los recursos naturales, y c) Si no se ha solicitado previamente trato de emergencia para un anteproyecto con contenido equivalente.

En este caso la COFEMER cuenta con cinco días hábiles para analizar el efectivo cumplimiento de dichos criterios. Si considera que necesita información adicional puede solicitarla a la entidad respectiva, sino autorizará la presentación de la MIR hasta veinte días hábiles después de que el anteproyecto se hubiera sometido a consideración del Titular del Ejecutivo Federal o se hubiera expedido la regulación. Finalmente, si la COFEMER considera que no se cumplen los criterios para proporcionarle el trato de emergencia a un anteproyecto, solicitará la presentación de la MIR correspondiente.

MIR de Impacto Moderado y MIR de Alto Impacto: Teniendo en cuenta que los anteproyectos pueden originar diversos niveles de impacto a la población y a la economía en términos de costos y beneficios, la COFEMER ha diseñado 2 tipos de MIR, una de alto impacto y otra de impacto moderado.

Cuando el impacto potencial del anteproyecto sometido a consideración de la COFEMER sea moderado, según la Calculadora de Impacto de la Regulación²⁴, deberá realizarse una MIR de impacto moderado, y cuando, el impacto potencial del anteproyecto sometido a consideración de la COFEMER sea alto deberá realizarse una MIR de Alto Impacto. También aplica esta última, en aquellos casos en que, a pesar de que el resultado de la Calculadora de Impacto de la Regulación haya sido moderado, la COFEMER lo solicite mediante el oficio de ampliaciones y correcciones a la MIR.

Se tiene entonces, que estos dos tipos de MIR se presentan cuando los anteproyectos generen costos para los particulares (según los criterios ya mencionados que valora COFEMER,) y no sean de emergencia, ni de actualización periódica.

El anteproyecto y la MIR deberán ser remitidos a COFEMER con al menos treinta días de anticipación a la fecha en que el organismo responsable del anteproyecto pretenda emitir el acto o someterlos a consideración del Titular del Ejecutivo Federal.

Posteriormente, el Manual de la MIR dispone que COFEMER debe analizar que el anteproyecto de enmarque en alguno de los supuestos para la emisión de regulación del artículo 3 del Acuerdo de Calidad Regulatoria (ACR).

Antes de conocer estos supuestos, debe aclararse que el ACR es una norma que fue proferida en enero de 2007, y tiene por objeto fijar los *lineamientos que deberán ser observados en materia de regulación, por las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, cuando pretendan hacer de regulación que tenga costos de cumplimiento para los particulares y que deba ser sometida al proceso de mejora regulatoria de conformidad con el Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.*

²⁴ La calculadora de impacto de la regulación es un instrumento que permite determinar el grado de impacto potencial de los proyectos de regulación a través de una serie de preguntas relacionadas con los procesos, actividades, etapas del ciclo de negocios, y sobre los consumidores y sector(es) económico(s) afectados por el anteproyecto propuesto. El formulario está disponible en el anexo 2 del presente trabajo.

Así las cosas, el artículo 3 de esta norma dispone que *“a efecto de garantizar la calidad de la regulación, las dependencias y organismos descentralizados podrán emitir o promover la emisión o formalización de la misma, únicamente cuando demuestren que el anteproyecto de regulación respectivo se sitúa en alguno de los supuestos siguientes”*:

1. Que con la emisión de la regulación, la dependencia u organismo descentralizado cumpla con una obligación establecida en ley, así como en reglamento, decreto, acuerdo u otra disposición de carácter general expedidos por el titular del Ejecutivo Federal;
2. Que con la regulación se atiendan compromisos internacionales;
3. Que la regulación, por su propia naturaleza, deba emitirse o actualizarse de manera periódica;
4. Que los beneficios aportados por la regulación, en términos de competitividad y funcionamiento eficiente de los mercados, entre otros, son superiores a los costos de su cumplimiento por parte de los particulares, o
5. Que se trate de reglas de operación de programas que se emiten de conformidad con el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio fiscal que corresponda.

A continuación de dicha verificación, COFEMER expedirá la resolución que corresponda, esto es, determinar que se da alguno de los supuestos y continua con el análisis del anteproyecto y la MIR; requerir información adicional; o, determinar la no procedencia de la emisión de la regulación, por cuanto no se cumplen con lo dispuesto en el artículo 3 del ACR.

En este último evento, si la dependencia u organismo descentralizado discrepa respecto de la resolución de la Comisión, por considerar que si se presenta uno de los supuestos del artículo 3, deberá manifestar por escrito su inconformidad a la Comisión en un plazo máximo de cinco días hábiles. En caso de no realizarse dicha manifestación de inconformidad, se entenderá que la dependencia u organismo descentralizado no tiene objeción alguna respecto de la resolución emitida por la Comisión. Una vez presentado el escrito de inconformidad, la Comisión tendrá un plazo máximo de dos días hábiles para

remitirlo a la Consejería, adjuntando el formulario de la manifestación de impacto regulatorio y del anteproyecto de regulación, a fin de conformar un comité integrado por un representante de la Consejería, un representante de la Comisión y un representante de la dependencia u organismo descentralizado involucrado. El comité conformado resolverá sobre la procedencia de la solicitud.

La Consejería, convocará a la dependencia u organismo descentralizado y a la Comisión a la sesión del comité. En caso de no llegar a un acuerdo unánime, el representante de la Consejería será quien resuelva en definitiva. (Artículo 4. ACR)

Posteriormente, la Comisión procederá a analizar la MIR y si encuentra que esta no es satisfactoria, podrá solicitar a la dependencia u organismo descentralizado correspondiente, que realice las ampliaciones o correcciones a que haya lugar.²⁵.

Si a pesar de las ampliaciones o correcciones que haga la dependencia o entidad, la Comisión considera que la manifestación sigue siendo defectuosa, y el anteproyecto de que se trate pudiera tener un amplio impacto en la economía o un efecto sustancial sobre un sector específico, podrá solicitar a la dependencia u organismo descentralizado respectiva que con cargo a su presupuesto efectúe la designación de un experto, quien deberá ser aprobado por la Comisión. El experto deberá revisar la manifestación y entregar comentarios a la Comisión y a la propia dependencia u organismo descentralizado dentro de los cuarenta días hábiles siguientes a su contratación (Artículo 69I – LFPA).

Una vez realizada la verificación de la calidad regulatoria de la norma mencionada, y/o realizadas las ampliaciones y correcciones solicitadas a la entidad promotora del

²⁵ De acuerdo al Manual de la MIR la solicitud de ampliaciones y correcciones de la COFEMER consiste en:

1. Detallar los elementos de la MIR que requieren de ampliaciones y correcciones;
2. Explicar las razones por las cuales considera que la información proporcionada en la MIR es insuficiente o inexacta; y,
3. Precisar la naturaleza y alcance de las ampliaciones y correcciones pedidas.

proyecto, la COFEMER procederá a dictaminar el anteproyecto y su MIR. Dicho dictamen podrá darse en dos sentidos:

- La COFEMER estima que no hay comentarios para realizar y emite una *constancia de no dictamen*, en la que señalará que el anteproyecto y su MIR fueron remitidos a la COFEMER en tiempo y forma, y que la Dependencia u Organismo Descentralizado, cumplió con el proceso de mejora regulatorio, por lo que puede proceder a su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Cabe aclarar que la Constancia de No Dictamen, solo puede presentarse en anteproyectos de impacto moderado, nunca en los de alto impacto.

- La COFEMER tiene observaciones y recomendaciones frente a todo o una parte del anteproyecto, por lo que emite un *dictamen parcial o total, no final* frente a este las dependencias u organismos descentralizados deberán modificar su anteproyecto, o explicar las razones por las cuales estiman improcedente las recomendaciones de COFEMER.

Según el Manual de la MIR, los dictámenes de COFEMER deben seguir la siguiente estructura:

1. *Consideraciones generales.- En este apartado la COFEMER se pronunciará de manera general sobre el anteproyecto y su MIR.*
2. *Definición del problema y objetivos generales.- En este apartado la COFEMER se pronunciará sobre la problemática que da origen al anteproyecto, así como la forma en que se estima que el anteproyecto atiende dicha problemática.*
3. *Identificación de posibles alternativas regulatorias.- En este apartado la COFEMER se pronunciará respecto de las alternativas regulatorias identificadas y evaluadas por el regulador al elaborar el anteproyecto y, en su caso, propondrá el análisis de alternativas que podrían servir para atender la situación o problemática planteada generando menores costos de cumplimiento.*

4. *Impacto.- En este apartado la COFEMER realizará una valoración sobre si se justifican las acciones propuestas en el anteproyecto. Asimismo, en caso de estimarlo pertinente, propondrá la realización de adecuaciones al anteproyecto que permitan disminuir, en la medida de lo posible, los costos generados por el mismo.*
5. *Consulta pública.- En este apartado la COFEMER considerará las opiniones que, en su caso, reciba de los sectores interesados.*
6. *Observaciones puntuales al anteproyecto.*

A simple vista puede observarse que el dictamen que emite la COFEMER se asemeja a la estructura propia de la evaluación de impacto normativo, lo que deja ver que el análisis que hace esta Comisión del anteproyecto y su MIR, no consisten simplemente en una verificación formal del cumplimiento de un requisito, sino que implica una evaluación de fondo y bajo parámetros metodológicos establecidos.

La Dependencia u Organismo descentralizado, responderá al dictamen parcial o total, no final, atendiendo las observaciones de COFEMER, y modificando el anteproyecto. Sin embargo de acuerdo a lo dispuesto en el artículos 69 J de la LFPA, podrá comunicar por escrito a la Comisión las razones por las cuales no acepta sus recomendaciones, antes de someter el anteproyecto a la consideración del Titular del Ejecutivo Federal, con el fin de que la COFEMER emita un dictamen final al respecto dentro de los 5 días hábiles siguientes. Añade la norma que el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal para someter los anteproyectos a consideración del Ejecutivo, deberá recabar y tomar en cuenta la manifestación así como, en su caso, el dictamen de la Comisión.

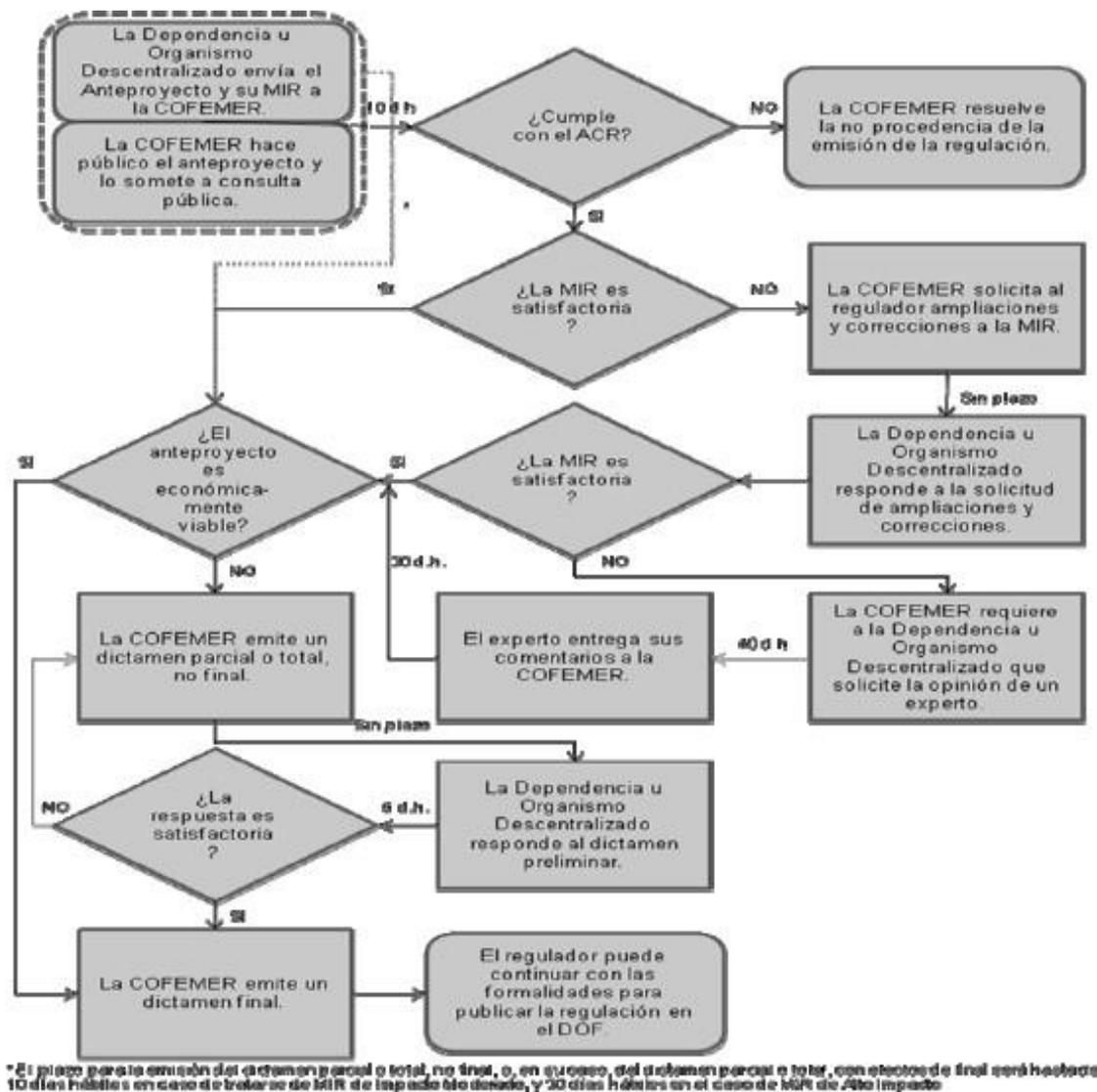
Así las cosas, corregido el anteproyecto por parte de la entidad respectiva, o si esta explica porque se aparta de las recomendaciones, o si se emitió constancia de no dictamen, la COFEMER emitirá un *dictamen final*, con el fin de que se verifique el requisito de publicación del anteproyecto en el Diario Oficial de la Federación, del artículo 69-L de la LFPA. Cuando el anteproyecto se pretenda presentar a consideración del Ejecutivo Federal, la resolución de la COFEMER tendrá carácter de opinión.

Frente al tema de la publicidad de los anteproyectos y las MIR, debe hacerse mención a lo dispuesto en el artículo 69 –K de la LFPA, el cual señala que la Comisión hará públicos, desde que los reciba, los anteproyectos y manifestaciones de impacto regulatorio, así como los dictámenes que emita y las autorizaciones y exenciones previstas en el segundo párrafo del artículo 69-H.

No obstante, frente a dicha obligación, la norma prevé dos excepciones, la primera cuando por solicitud de la dependencia u organismo descentralizado responsable del anteproyecto correspondiente, la Comisión determine que dicha publicidad pudiera comprometer los efectos que se pretenda lograr con la disposición, en cuyo caso la Comisión hará pública la información respectiva cuando se publique la disposición en el Diario Oficial de la Federación. La segunda excepción, se da cuando lo considere la Consejería Jurídica, previa opinión de la Comisión, respecto de los anteproyectos que se pretendan someter a la consideración del Ejecutivo Federal.

Finalmente resulta procedente traer a colación el diagrama del proceso de dictaminación de anteproyectos con costos que tiene el Manual de la MIR, en el que se observa con mayor claridad todo el trámite que cursa un anteproyecto para convertirse finalmente en norma. (COFEMER, 2010).

Figura 1. Proceso de dictaminación de anteproyectos en costos



Fuente: Herramientas para la Evaluación de la Competencia (OCDE, 2011).

Visto el esquema del proceso de la MIR para anteproyectos con costos, ahora debe hacerse referencia una importante reforma que sufrió el Manual de la MIR en noviembre de 2012, que consistió en introducir el análisis de competencia en las evaluaciones *ex ante* de las regulaciones²⁶. Se adicionaron entonces dos tipos de MIR: MIR de moderado impacto con análisis de impacto en la competencia y MIR de alto impacto con análisis de impacto en la competencia.

²⁶ Dicha inclusión resulta consistente con documento expedido por la OCDE en 2011, denominado *Herramientas para la Evaluación de la Competencia* (OCDE, 2011).

La primera MIR se debe presentar cuando el impacto potencial del anteproyecto sometido a consideración de la COFEMER sea moderado y pudiera tener efectos sobre la competencia de los mercados. Por su parte, la segunda MIR se debe presentar cuando el impacto potencial del anteproyecto sometido a consideración de la COFEMER sea alto y se identifiquen acciones que pudieran impactar ya sea restringiendo o promoviendo cambios específicos en las condiciones de mercado sobre la intensidad de la competencia, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. También se deberá presentar MIR de alto impacto o de impacto moderado en la competencia, cuando a pesar del resultado de la Calculadora de Impacto de la Regulación, la COFEMER lo solicite mediante el oficio de ampliaciones y correcciones a la MIR.

A continuación de la determinación del posible impacto de la regulación propuesta a través de la calculadora de impacto, los reguladores deben contestar *la lista de verificación de impacto competitivo*, que consiste en 17 preguntas tendientes a establecer si la regulación a emitir podría tener efectos sobre la competencia y libre concurrencia del mercado destinatario de la propuesta. Si en efecto se establece que la regulación podría impactar la competencia, COFEMER enviará la MIR respectiva, a la Comisión Federal de Competencia de México para recibir sus comentarios y sugerencias. (OCDE, 2011)

Finalmente, el 28 de noviembre de 2012, el Manual de MIR se modificó nuevamente, en el sentido de incluir un análisis de riesgos, lo que implica que, el regulador al expedir una norma debe analizar si la misma puede generar riesgos para la salud humana, animal de la salud vegetal, para la seguridad pública, la seguridad del lugar de trabajo, la medio ambiente o la protección del consumidor. Así las cosas, se crearon dos nuevas MIR: MIR de alto impacto, con análisis de riesgo y MIR de alto impacto con análisis del impacto de la competencia y análisis de riesgos. El objetivo de esta nueva evaluación de impacto es que una vez identificados alguno o algunos de los riesgos mencionados, se planeen los mecanismos o acciones tendientes a la reducción de los mismos.

Habiendo conocido como se aplica la metodología del AIR en México, resulta importante conocer el último informe de la OCDE sobre la política regulatoria en México,

que incluye un capítulo especial sobre del AIR, para conocer en la realidad cuál ha sido el impacto de la metodología y que aspectos deben mejorarse.

La OCDE (2014, pág. 71-72) señala que del AIR sólo se aplica en la práctica a sólo una pequeña proporción de la legislación, ya que sólo las leyes iniciadas por el presidente están sujetas al AIR, más no las que nacen en el Congreso, que resulta ser la mayor parte de la legislación. En opinión de esta organización, esto constituye una importante laguna en la cobertura del AIR y por tanto, en el proceso de aseguramiento de la calidad regulatoria en relación con la elaboración de leyes originadas en el Congreso. Igualmente, podría generar el riesgo de movimientos estratégicos para tomar ventaja de esta brecha, en el sentido de presentar todos los proyectos legislativos como iniciativa del Legislativo, aunque provengan realmente de la Rama Ejecutiva, para evitar el proceso de control que implica el AIR.

Así mismo, considera la OCDE que existen muchas exenciones para el proceso, y hace énfasis en las iniciativas relacionadas con cuestiones fiscales, que si debería ser objeto de una evaluación de impacto previa. No obstante lo anterior, la organización también reconoce que México, en comparación con otros países miembros, registra un alto número de evaluaciones de impacto regulatorio.

Finalmente, vale la pena mencionar que COFEMER creó e implementó en noviembre de 2012, un Sistema de Gestión de Calidad del AIR para identificar las mejores prácticas en materia del AIR, junto con las áreas de mejora de cada cuerpo regulador. Dicho sistema permite una mejora continua del proceso de regulación a través de la evaluación, la transparencia y la consulta interna y pública. El sistema, por tanto, constituye como una herramienta importante para la retroalimentación y recomendaciones para la mejora de la legislación, ya que también permite el aumento de la capacidad de los funcionarios públicos para preparar mejor los AIR.

Tal como ha podido apreciarse en la páginas precedentes, México, siguiendo los lineamientos de la OCDE frente al tema de mejora regulatoria, ha incluido en su proceso de

creación normativa, la metodología del AIR y ha designado un órgano específico para que lidere y controle el proceso de aplicación. Si bien existen aspectos por mejorar como la ampliación de la cobertura del AIR a las iniciativas del Congreso, se considera que México ha realizado una importante labor en la implementación del AIR. Cuenta con un proceso bien diseñado, una estructura orgánica con competencias bien definidas y un sistema de control de calidad que permite realizar la retroalimentación y mejora continua.

Los retos que tiene México son fortalecer cada vez más su proceso de mejora regulatoria, lo cual implica entre otras cosas, que la COFEMER realice el acompañamiento continuo a los ministerios y reguladores encargados de preparar el AIR, así mismo, que realice talleres de capacitación para garantizar evaluaciones de impacto de buena calidad. Es importante que progresivamente se amplíe la aplicación del AIR a todas los proyectos legislativos y regulatorios.

Los plasmado en las anteriores secciones del presente capítulo nos ha periodo acercarnos a la experiencia que han tenido los únicos países latinoamericanos que pertenecen a la OCDE, en el camino hacia la mejora regulatoria y específicamente en la implementación del AIR. La idea de escoger estos ordenamiento, fue la de contar con países cercanos a Colombia en términos de sistema de gobierno, estructura política y cultural.

De lo analizado puede concluirse que evidentemente México ha tenido un desarrollo mucho más sólido que Chile frente al tema, toda vez que como se observó durante este capítulo, el AIR se aplica de manera muy limitada, sobre una pequeña parte de la regulación, esto es aquella que tenga incidencia con las empresas de menor tamaño, lo cual parece indicar que no existe compromiso político concreto por parte del gobierno chileno para seguir las recomendaciones de la OCDE frente al tema de mejora regulatoria, que como se ha insistido, comprende la inclusión de metodologías de evaluación de impacto de toda la regulación económica, no solo de un sector o tema en específico.

Así las cosas, la experiencia chilena nos brinda poco para el objeto de este trabajo, ya que la herramienta como mencionamos ha sido escasamente desarrollada y aplicada, sin embargo nos deja la enseñanza de que no basta con tener buenas intenciones y tratar de ajustarse a las buenas prácticas internacionales, sino que debe contarse con el liderazgo y el compromiso del gobierno suficiente para poner en ejecución esas buenas prácticas e institucionalizar una política de mejora regulatoria seria y adecuada.

No obstante lo anterior, deben resaltarse los avances que ha tenido Chile frente al tema de la evaluación ex post, sobre las leyes de la Cámara de Diputados. Dicha experiencia es de mucha utilidad, como quiera de la evaluación ex post también hace parte de una política de mejora regulatoria integral, como la que debe instituirse en Colombia.

A diferencia de lo que sucede en Chile, México si cuenta con una infraestructura institucional y normativa definida desde el año 2010, lo cual le ha permitido ir sistematizando el uso del AIR e ir forjando una conciencia de buena regulación en las autoridades administrativas. El hecho de contar con una entidad como COFEMER con funciones específicas frente a todo el tema regulatorio, muestra un amplio compromiso político por parte del gobierno mexicano y permite generar una coordinación adecuada con las autoridades que deben realizar los AIR.

Así las cosas, la experiencia que ha tenido México resulta gran utilidad para ir forjando el camino hacia la implementación del AIR en Colombia, y como se verá más adelante permitirá estructurar varios de los elementos que deben definirse previo a la institucionalización del AIR.

A continuación se analizará la experiencia de otro ordenamiento que si bien no pertenece a Latinoamérica ofrece valiosos insumos por contar con un sistema AIR sólido y bien estructurado. Nos referimos a Australia.

2.3. AUSTRALIA

Australia fue uno de los países que acogió de manera temprana la metodología del AIR, desde el año 1985 a nivel federal, el Consejo de Gobiernos Australianos (COAG), decidió que toda la actividad nacional de reglamentación debía ser sometida a un análisis de impacto normativo (OCDE 2010, pág. 75). Dicho compromiso se consolidó en 1997, en virtud de una preocupación generalizada por las cargas de cumplimiento impuestas a las empresas, especialmente las pequeñas empresas, por las regulaciones gubernamentales²⁷.

En dicho ordenamiento el AIR se aplica a la legislación primaria (leyes del Parlamento), a la legislación delegada (subordinado), a los tratados, y la actividad de co-regulación y cuasi-reguladora (OMC 2001). Esto constituye una diferencia importante frente a otros países de la OCDE en los cuales la utilización del AIR se limita a la legislación secundaria o normas que provienen de la rama ejecutiva, por esta y otras razones que veremos más adelante, se considera de gran relevancia estudiar el caso australiano como guía para el objetivo de este trabajo.

De otro lado, la entidad que lidera el tema del AIR es la Oficina de Mejores Prácticas Regulatorias-OBPR²⁸, que tiene la función de asegurar que los RIS cumplan con los requisitos del gobierno. Se encuentra adscrita al Departamento del Primer Ministro y el Gabinete, sin embargo mantiene su independencia del Gobierno en su toma de decisiones frente a los RIS.²⁹

²⁷ La herramienta se conoce como RIS (regulation impact statements).

²⁸ The Office of Best Practice Regulation -OBPR

²⁹ Es pertinente aclarar que el sistema federal australiano incluye un gobierno federal nacional y seis gobiernos estatales, por tanto, algunos estados cuentan con un órgano propio de supervisión reguladora. Victoria y Nueva Gales del Sur fueron los primeros estados en establecer la supervisión reguladora a mediados y finales de 1980. Otras jurisdicciones la introdujeron por primera vez en 2009 como es el caso de Western Australia. Los órganos de supervisión de regulación de Australia tienden a residir en el centro de los gobiernos ejecutivos, por lo general en el Departamento de Hacienda o Departamento del Primer Ministro y el Gabinete de la jurisdicción. Las excepciones a esto son:

- La Comisión de competencia y eficiencia victoriana (VCEC), que es un órgano consultivo independiente establecido en virtud de la Ley de Propiedad Estatal 1992.
- La Oficina de mejores prácticas regulatorias de Queensland (QOBPR) que se estableció en Julio de 2012 dentro de la Autoridad de la Competencia Queensland - una autoridad legal independiente. (Australian Government, 2012, pág. 90).

La OBPR juega un papel central en la asistencia a los departamentos del gobierno australiano y agencias en el tema de las mejores prácticas de análisis de impacto normativo y en el seguimiento y presentación de informes sobre su desempeño. Este órgano además mantiene estadísticas sobre el cumplimiento de los requisitos de análisis del impacto normativo, realiza capacitación para ayudar a las agencias a preparar declaraciones de impacto de regulación y cumplir con otros procedimientos de revisión y reforma de las obligaciones reglamentarias. Esto incluye la capacitación técnica de los funcionarios del Gobierno en el análisis costo-beneficio y análisis de riesgos. Finalmente se encarga de publicar las Guías sobre mejores prácticas y las relacionadas con cómo llevar a cabo los RIS.

Con el fin de conocer más de cerca cómo esta implementada y cómo funciona esta metodología en Australia, se toma como referencia la Guía de Regulación publicada por el Gobierno Australiano en el año 2014. A continuación se hace referencia a los aspectos más relevantes de dicha guía.

Para comenzar plantea diez principios de la regulación entre los cuales vale la pena resaltar algunos de ellos:

- “La carga de los costos de la nueva regulación debe ser totalmente compensado por la reducción de la carga normativa existente.”
- “Todo cambio de política regulatoria de fondo debe ser objeto de una Declaración de Impacto Regulatorio”
- “Los responsables políticos deben consultar de una manera genuina y oportuna con las empresas afectadas, las organizaciones comunitarias y los individuos.”
- “La regulación solo debe ser impuesta cuando se demuestre que se obtendrá un beneficio neto global”.
- “La información sobre la cual los responsables políticos basan sus decisiones debe ser publicada en la primera oportunidad.” (Australian Government, 2014, pág. 2)

Dichos principios representan lo que se entiende por buena regulación, la cual implica que solo debe regularse cuando los beneficios son mayores a los costos, que debe

consultarse previamente a todos los *stakeholders*, con el fin de tomar una decisión informada y que resulte ser la más adecuada para la necesidades de la sociedad, y en la cual debe regir la transparencia de las decisiones regulatorias.

Otro aspecto relevante de la Guía de Regulación, es que establece “Siete preguntas del RIS”, las cuales se asemejan a los pasos que deben seguirse para realizar una evaluación de impacto regulatorio de acuerdo a lo establecido por la OCDE. A continuación se citan algunas de las preguntas.

1. ¿Cuál es el problema que se está tratando de resolver?
2. ¿Por qué es necesaria la acción del gobierno?
3. ¿Qué opciones de política están considerando?
4. ¿Cuál es el beneficio neto probable de cada opción?
5. ¿Quién le consulte acerca de estas opciones y cómo va a consultarlos?
6. ¿Cuál es la mejor opción de las que usted ha considerado?
7. ¿Cómo va a implementar y evaluar su opción elegida?”

Dichas preguntas son fundamentales porque ayudan a que los responsables políticos se centren en el impacto de la reglamentación de las decisiones más importantes. Adicionalmente son una disciplina útil en su trabajo diario ya que contribuye a estructurar las ideas, probar sus suposiciones y les anima a pensar más allá de una solución basada en la regulación. (Australian Government, 2014, pág. 6). A lo largo de la guía se desarrolla con detenimiento la importancia de estas preguntas y cómo deben abordarse por parte del equipo que realiza los RIS.

Posteriormente, la guía bajo el esquema de preguntas y respuestas, plasma los aspectos relevantes en cuanto a funcionamiento operativo de la metodología, a continuación, se hará referencia a los más importantes utilizando dicho esquema:

1. ¿Quién realiza el RIS?

Rta/ Los responsables políticos. No obstante se aclarar que todos los funcionarios deberían estar familiarizados con la herramienta, incluso si no se es oficial principal de política.

La responsabilidad por la calidad de la RIS y el proceso de elaboración de estos es de los departamentos y las agencias. Los secretarios o subsecretarios están obligados a certificar que se han cumplido los requisitos de RIS.

2. ¿Es obligatorio el proceso RIS para todas las agencias de gobierno?

Rta/ Sí. Por cada tipo de decisión política que debe producir un RIS si su organización es un Departamento de gobierno, Autoridad estatutaria, Comisión (incluso si no tiene la independencia legal), Entidad pública que opera bajo la Gobernanza Pública, Rendimiento y Ley de Responsabilidad 2013.

3. ¿Es el RIS obligatorio?

Rta/ Sí. Un RIS es obligatorio para todas las presentaciones del Gabinete. Adicionalmente, se prevé que el RIS es obligatorio para todos proyectos que deban ir al Consejo de Ministros, incluso si el promotor del mismo considera que este no tendrá un impacto sobre las empresas, organizaciones comunitarias o individuos. Así las cosas, el Consejo de Ministros tiene que ser informado del impacto regulatorio de cualquier decisión que se le está pidiendo que tome. Si una decisión no va al Consejo de Ministros, el RIS sigue siendo obligatorio si es probable que la regulación tenga un impacto medible en negocios, organizaciones comunitarias o individuo. Finalmente, el Gobierno Australiano recomienda que aunque el RIS no sea obligatorio, debería realizarse como una buena práctica.³⁰

³⁰ Esta disposición, deja ver que además de plantearse la obligatoriedad de la herramienta, se busca incentivar a los reguladores a tener buenas prácticas, las cuales parecen estar inmersas en la cultura regulatoria.

4. ¿Cuándo es el mejor momento para realizar el RIS?

Rta/ Cuanto antes mejor. Se recomienda que no debe esperarse a cuando el proyecto deba ir al Consejo de Ministros o su alto ejecutivo. Se advierte que dejarlo para el final puede dar lugar a malos resultados de las políticas.

5. ¿Puedo quedar exento de hacer un RIS?

Rta/ Generalmente no. La única excepción es para asuntos menores, donde es probable que tenga un impacto insignificante el cambio propuesto. Sólo el Primer Ministro puede conceder una exención de la RIS y sólo en circunstancias excepcionales. Para solicitar una exención del proceso RIS, debe solicitarse concepto del Primer Ministro lo antes posible en el proceso de formulación de políticas.

De otro lado, es importante mencionar que el sistema australiano contempla tres tipos de RIS de acuerdo al impacto probable del proyecto regulatorio, a saber: Versión corta, versión estándar y versión larga. Los parámetros para determinar cuándo se utiliza cada tipo de RIS están contemplados en Australian Government (2014, pág. 12-13) y son los siguientes:

- Versión Larga:
 - ✓ La propuesta de política tiene un impacto sustancial o generalizado en la economía.
 - ✓ Los cambios propuestos afectan a un gran número de empresas, a la comunidad, organizaciones o individuos.
 - ✓ Los costos administrativos y de cumplimiento son altos.
 - ✓ Puede existir la oposición de las partes interesadas o el público.

- Versión estándar:
 - ✓ La propuesta de política tiene impactos medibles en la economía.
 - ✓ Los cambios propuestos afectan a un número relativamente pequeño de empresas, organizaciones de la comunidad o de individuos.
 - ✓ Los costos administrativos y de cumplimiento son medibles pero no onerosos.

- ✓ Es poco probable que exista fuerte oposición entre las partes interesadas o el público.
- Versión corta:
 - ✓ Los temas a regular son simples, claros, y las alternativas regulatorias son limitadas.
 - ✓ La política es un asunto de seguridad nacional, la seguridad pública, catástrofes naturales o un evento apremiante.
 - ✓ El impacto regulatorio de la política es de menor prioridad.
 - ✓ Un RIS recientemente se ha completado y sólo pequeñas modificaciones se han hecho a las opciones políticas originales considerados.
 - ✓ La opción Formulario Corto RIS sólo está disponible para los asuntos a ser considerados por el Consejo de Ministros.

Así las cosas, después de conocer los aspectos más relevantes del RIS, resulta pertinente hacer referencia a algunas de las falencias más relevantes que tuvo la aplicación de la metodología en la práctica recogidas en el documento publicado por el gobierno australiano en el año 2012, denominado *Regulatory Impact Analysis: Benchmarking*, el cual recoge los resultados de un estudio independiente contratado por el gobierno para analizar el proceso de análisis de impacto regulatorio el cual fue realizado por David Borthwick y Robert Milliner (2012).

En primer lugar, se estableció que los requisitos de RIS en todas las jurisdicciones australianas eran razonablemente consistentes con los principios rectores de la OCDE y del COAG. Sin embargo, existían deficiencias en el diseño del sistema y una brecha considerable entre las guías de RIS y lo que sucedía en la práctica lo que reducía su eficiencia. Así mismo, se determinó que en virtud de las exenciones un considerable número de propuestas con impactos significativos quedaba por fuera de la metodología. Adicionalmente, frente a la consulta pública sobre el desarrollo de políticas se concluyó que a menudo era superficial o se realizaba una vez desarrollados los proyectos. Finalmente el informe contempla que si bien el proceso AIR ha traído algunas mejoras aisladas pero

significativas, los principales beneficios se han perdido a través de una falta de compromiso ministerial y la agencia. (Australian Government, 2012, pág. 2)

Con el fin de enfrentar dichas deficiencias, se propusieron algunas fórmulas de mejora tales como poner mayor atención en el monitoreo, reporte y rendición de cuentas con el fin de mejorar la eficacia y el rigor de los procesos del AIR. Así mismo se plantea incrementar medidas de transparencia a través de la consulta pública y la publicación de todas las evaluaciones y exigir a los ministros motivar ante el Parlamento el incumplimiento de la metodología, y la solicitud de concesión de exenciones, con el fin de fomentar un mayor compromiso con el proceso y facilitar aún más la discusión sobre los impactos de las propuestas. De otro lado, se propone que para mejorar la eficiencia del sistema se dé una orientación efectiva de los recursos a través de una evaluación simplificada en ciertos casos; delegando la responsabilidad de determinar la necesidad de un RIS a las agencias (sujeto a apropiada supervisión); y la revisión de la legislación subordinada en conjunto con su general legislación primaria. (Australian Government, 2012, pág. 2)

Así las cosas, en el año 2013 se dieron varias mejoras al proceso del AIR. Una de las principales fue la introducción de un proceso del AIR de dos etapas para hacer frente a una frustración clave que las organizaciones empresariales y que la comunidad tenían con los procesos de consulta inadecuados bajo el sistema de 2010³¹. Además, la responsabilidad por la calidad del RIS y el proceso de desarrollo de estos documentos, se desplazó de la OBPR a los departamentos y agencias, por tanto, los secretarios o subsecretarios deben certificar que se han cumplido los requisitos de RIS. De otro lado, el RIS evaluado como no conforme por el OBPR ya no se impide la consideración de la toma de decisiones. Sin embargo, la responsabilidad pública se logra cuando el OBPR publica su evaluación incluyendo en su lo que se evaluó como no conforme. Por su parte, para hacer frente al gran aumento de las exenciones ministeriales, se introdujeron criterios específicos para cuando

³¹ Los detalles del proceso RIA en Australia pueden ser consultados en el Best Practice Regulation Report 2013–14.

se podría buscar una exención y se dispuso la publicación de las razones de exención tras el anuncio de la propuesta regulatoria. (Australian Government, 2014^a, pág. 45)

Finalmente, es pertinente referirse al último informe sobre el cumplimiento del AIR publicado en el año 2014, denominado Best Practice Regulation Report, 2013-14, en el cual se observa que fueron acogidas algunas de las políticas de mejora propuesta en el informe que se acaba de mencionar, lo cual redundó en un mayor cumplimiento por parte de las agencias de la metodología. Se refiere que para las propuestas de regulación anunciadas en 2013-14, de 48 RIS requeridos en la fase de toma de decisiones, se prepararon y evaluación como conformes 47, dando una tasa de cumplimiento del 98%. Esto representó un aumento de la tasa de cumplimiento del 97 por ciento alcanzado en 2012-13. El presidente del Gobierno concedió circunstancias excepcionales en un caso, en comparación con ocho en 2012-13. (Australian Government, 2015, Pág. 3)

De otro lado, refiere el informe que durante el periodo 2013-14, sólo una propuesta procedió a la toma de decisiones sin el apoyo de un RIS adecuado. Así mismo, que el número de exenciones del Primer Ministro también se redujo respecto al año anterior a uno. También señala que hubo una sola decisión regulatoria no conforme en 2013-14 para los que se requerirá una revisión posterior a la implementación. (Australian Government, 2015, Pág. 4)

Como puede observarse el sistema australiano constituye un insumo importante para el objeto del presente trabajo, en primer lugar porque, como se mencionó, fue uno de los primeros ordenamientos en acoger la metodología, lo que permite analizar un proceso de treinta años con sus aciertos y desaciertos. En segundo lugar por ser uno de los sistemas más sólidos y que incluye la legislación primaria. Así las cosas, la enseñanza que deja el análisis de este ordenamiento es que la implementación del AIR, es un camino largo que en sus primeros años puede que no de los resultados esperados, que presente fallas en su implementación y que no sea acogido por todas a las agencias o entidades, pero que poco a poco se va interiorizando hasta llegar a los resultados deseados.

Esto nos permite prever que estamos ante un proceso que requiere compromiso y paciencia ya que no será en poco años que esta metodología de sus frutos pero valdrá la pena ir construyendo mejores prácticas que en futuro redundaran en bienestar económico y social, al existir una adecuada planeación de las políticas y un proceso más transparente y pensado de la regulación.

CAPÍTULO 3

ANTECEDENTES DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN COLOMBIA

Con ocasión de la intención de Colombia de hacer parte de la OCDE, y luego de algunas evaluaciones, dicha organización fijó una hoja de ruta que debe seguir el país para lograr su incorporación oficial. Dicha ruta incluye diversos temas que el gobierno colombiano deberá revisar para promover las reformas pertinentes. Como se indicó en la sección introductoria, dentro de los temas más importantes se encuentra el de mejora regulatoria que consiste según lo establecido en el documento *“Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa”*, consiste en formular una política de mejora regulatoria adecuada, con un enfoque sistémico y que incluya una institución única responsable de impulsar la mejora regulatoria.

Como parte de dicha política de mejora regulatoria la OCDE (2014a, pág. 24): propone una serie de recomendaciones, a continuación se mencionan las más relevantes.

- *“El Gobierno debería esforzarse por mejorar los mecanismos de coordinación entre ministerios, comisiones de regulación y Superintendencias, cerciorándose de que sostengan sistemáticamente debates en las etapas iniciales del proceso regulatorio y participen en la preparación de nuevas regulaciones y la interpretación de las ya existentes.”*
- *“El Gobierno debería desarrollar un conjunto común y obligatorio de estándares y requisitos administrativos para preparar regulaciones de la máxima calidad y sustentadas en evidencia”.*
- *“Desarrollar e implementar estándares obligatorios sobre el uso de la consulta pública como medio para hacer partícipes a los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil en el proceso regulatorio y obtener mejores resultados de política pública”.*
- *“El Gobierno debería integrar el uso sistemático del AIR en el proceso de formulación de políticas públicas”*

Así las cosas teniendo en cuenta la necesidad de que Colombia, acogiendo los lineamientos de la OCDE, inicie cuanto antes un proceso de mejora regulatoria y dentro de

él, incluya la implementación de la evaluación de impacto normativo o regulatorio, el objeto de este capítulo es determinar en primer lugar cuales han sido los antecedentes de la metodología, es decir, qué acercamientos existen dentro del ordenamiento jurídico a la herramienta y en general al objetivo de mejora regulatoria. Posteriormente se evaluará el documento Conpes 3816 de 2014, el cual estableció las bases para implementar un sistema de evaluación del impacto normativo, con el fin de conocer cómo se diseñó la política de mejora normativa, qué tan cercana es la metodología propuesta frente a lo que establece la OCDE, para finalizar con un análisis de las tareas pendientes, es decir, cómo debería darse la implementación de la herramienta.

3.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA HERRAMIENTA

Revisando el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra que existen ciertas aproximaciones o adelantos en materia de mejora regulatoria y algunas figuras que consagran parte de los elementos propios de la metodología de análisis de impacto regulatorio que se han venido estudiando a lo largo del presente trabajo. A continuación se realizará un recorrido por las normas más relevantes.

NORMA	TEMA
Decreto 2150 de 1995	Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
Ley 489 de 1998, Art. 18³²	Introduce la simplificación de trámites como un objetivo permanente de la administración pública

³² “**Artículo 18°.-** Supresión y simplificación de trámites. La supresión y simplificación de trámites será objetivo permanente de la Administración Pública en desarrollo de los principios de celeridad y economía previstos en la Constitución Política y en la presente Ley.

El Departamento Administrativo de la Función Pública orientará la política de simplificación de trámites. Para tal efecto, contará con el apoyo de los comités sectoriales para el desarrollo administrativo y con la cooperación del sector privado.

Será prioridad de todos los planes de desarrollo administrativo de que trata la presente Ley diagnosticar y proponer la simplificación de procedimientos, la supresión de trámites innecesarios y la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos o usuarios.

Decreto 1122 de 1999	<p>Dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe.</p> <p>El capítulo tercero contiene reglas para la elaboración de anteproyectos de actos administrativos generales y algunas de las disposiciones contienen elementos relacionados con la evaluación de impacto regulatorio tales como la publicidad y consulta pública de los proyectos regulatorios, así como la obligación de realizar los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de las regulaciones.³³</p>
Ley 962 de 2005	<p>Consagra disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y se crea el Sistema Único de Información de Trámites (SUIT).</p>
Decreto 4669 de 2005	<p>Reglamenta la Ley 962 de 2005 y establece en su artículo 2°, que las entidades públicas autorizadas legalmente para establecer un trámite, previa su adopción, deberán presentar la solicitud a consideración del DAFP, adjuntando la Manifestación del Impacto Regulatorio, que consiste en:</p> <p>a) Describir el trámite y justificar su creación desde el punto de vista legal;</p> <p>b) Efectuar una propuesta de diseño del proceso del trámite;</p>

Las autoridades de la Administración Pública que participen en el trámite y ejecución de programas de apoyo y cooperación internacional, procurarán prioritariamente la inclusión de un componente de simplificación de procedimientos y supresión de trámites.”

³³ Algunos ejemplos de las disposiciones mencionadas son:

- Artículo 59: Dispone que la elaboración de las disposiciones de carácter general estarán acompañados de los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas, y que junto con la decisión propuesta deben guardarse cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o que puedan facilitar su interpretación.
- Artículo 60: Consagra un listado de proyectos de regulación que pretendan adoptarse mediante acto administrativo de carácter general, que deben ser publicados con antelación no inferior a quince (15) días a la fecha de su expedición.
- Artículo 62: Consagra las excepciones a la obligación de publicar los proyectos de regulaciones y dispone que toda regulación cuyo proyecto no sea publicado, deberá indicar explícitamente en su motivación la causal invocada por la autoridad para abstenerse de realizar la publicación.
- Artículo 63: contiene los requisitos esenciales de la publicación de los proyectos de regulaciones.
- Artículo 64: Señala que la motivación dará cuenta razonada de la aceptación o rechazo de las observaciones, sugerencias o propuestas alternativas formuladas

	<p>c) Señalar los beneficios para la entidad y para los usuarios;</p> <p>d) Precisar la carencia de medidas alternativas de menor costo y mayor eficiencia y el impacto presupuestal en la entidad;</p>
Decreto 019 de 2012	Tiene por objeto suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.
Directiva Presidencial 01 de 2005	Contiene instrucciones para la ejecución del Proyecto de Racionalización y Simplificación del Ordenamiento Jurídico, como una de las reformas transversales del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP). Incluye la orden de elaborar el inventario de la normatividad legal y reglamentaria de cada sector administrativo, así como de la jurisprudencia que la afecte
<u>Decreto 1345 de 2010</u>	Se establecen directrices de técnica normativa para la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones. La finalidad es racionalizar la expedición de decretos y resoluciones, dotar de seguridad jurídica a los destinatarios, evitar la dispersión y proliferación normativa Esta norma contiene disposiciones que se acercan a algunos de los elementos propios de la metodología de RIA ³⁴ . Se consagra la obligación

³⁴ **“Artículo 5. Memoria justificativa.** Los proyectos de decreto y resolución proyectados para la firma del Presidente de la República, deberán remitirse a la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República acompañados de una memoria justificativa que contenga:

1. **Los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición.**
2. El ámbito de aplicación del respectivo acto y los sujetos a quienes va dirigido.
3. La viabilidad jurídica, que deberá contar con el visto bueno de la oficina jurídica de la entidad o la dependencia que haga sus veces.
4. **Impacto económico si fuere el caso, el cual deberá señalar el costo o ahorro, de la implementación del respectivo acto.**5. Disponibilidad presupuestal si fuere del caso.
6. De ser necesario, **impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación.**
7. **El cumplimiento de los requisitos de consulta y publicidad** previstos en los artículos 9 y 10 del presente decreto, cuando haya lugar a ello.
8. Cualquier otro aspecto que la entidad remitente considere relevante o de importancia para la adopción de la decisión.

Cuando el proyecto no requiera alguno de los aspectos antes señalados, así deberá explicarse en la respectiva memoria. Si por la Constitución o la Ley existen documentos sometidos a reserva, ésta deberá mantenerse.

Artículo 7. Deber de coordinación. Cuando el respectivo proyecto tenga impacto o comprenda materias propias de ministerios o departamentos administrativos diferentes al que ha tomado la iniciativa de elaboración, éste deberá ponerlo en conocimiento de aquéllos y coordinar lo pertinente para que el texto

	<p>de realizar, previo a la expedición de un decreto o resolución que firme el Presidente de la República, un documento que contenga la justificación de dicha regulación la cual incluye entre otros aspectos el posibles impactos económico, ambiental o sobre el patrimonio cultura, cuando resulta procedente. Así mismo, incluyen la consulta y publicidad, sin embargo de la norma se deduce que la obligación de consulta y publicidad se circunscribe al proyecto de decreto y resolución, mas no a la memoria justificativa.</p> <p>Adicionalmente, el Decreto trae un anexo denominado <i>Manual para la elaboración de textos normativos-proyectos de decreto y resolución</i>, el cual contiene varios de los elementos del AIR³⁵. Sin embargo, tal como señala la OCDE (2014, pág. 97), el análisis que hace la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República está muy enfocado hacia el punto de vista jurídico, y no se centra en el contenido del proyecto.</p>
<p>Decreto 1151 de 2008 y Decreto 2693 de 2012</p>	<p>Establecen lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea, liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que busca un Estado que preste mejores servicios con la colaboración de toda la sociedad mediante el aprovechamiento de la tecnología, con el fin de impulsar la competitividad y el mejoramiento de la calidad de vida para la prosperidad de todos los colombianos.</p> <p>Dicha política busca además, contribuir al incremento de la transparencia en la gestión pública, facilitando al ciudadano el conocimiento de la gestión del Estado, generando confianza en la administración pública y habilitando nuevos canales para la construcción colectiva de políticas públicas, la resolución de problemas cotidianos, la</p>

remitido a la firma del Presidente de la República se encuentre debidamente conciliado y refleje una visión integral y coherente.

Artículo 9. Deber de consultar. Cuando la Constitución y la ley así lo ordenen, deberán realizarse las consultas en ellas señaladas, caso en el cual a la memoria justificativa deberá anexarse la constancia que acredite que se ha cumplido dicho trámite.

Artículo 10. Publicidad. Cuando de conformidad con la Ley, deba someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado.”

³⁵ En el anexo 1 de este trabajo se explica más a fondo cada uno de los elementos del manual.

	toma de decisiones y el control social.
<u>Lev 1340 de 2009 y Decreto 2897 de 2010</u>	<p>Establece el marco legal de la Política de competencia. El artículo 7 de la Ley 1340 faculta SIC para ejercer la Abogacía de la Competencia, que consiste en la faculta de emitir un concepto no vinculante sobre proyectos de norma que afecten la libre competencia en los mercados.³⁶</p> <p>El Decreto 2897 de 2010, reglamenta dicha norma y establece las autoridades que deben informar a la SIC sobre proyectos de regulación y define cuándo se entiende que un proyecto regulatorio tiene incidencia sobre la libre competencia en los mercados.³⁷</p> <p>Así mismo el artículo 4 prevé algunas excepciones al deber de informar³⁸, siempre que se deje constancia expresa en el acto administrativo de las razones que sustentan la excepción que se invoca.</p>

³⁶ Artículo 7 de la Ley 1340: Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta.

³⁷ Artículo 3: “se entenderá que un acto tiene esa incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga: 1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o. 2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados.

³⁸ Artículo 4°: Excepciones al deber de informar. No se requerirá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de regulación cuando la autoridad que se propone expedirlo considere que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones:

1. Cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los cuales resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de:
 - a) Preservar la estabilidad de la economía o de un sector, o
 - b) Garantizar la seguridad en el suministro de un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario.
2. Cuando el acto busque simplemente ampliar plazos, aclarar las condiciones en que son exigibles conductas previamente impuestas o corregir errores aritméticos o tipográficos.
3. Cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas.
4. Cuando resulte necesario cumplir una orden judicial o una norma legal o reglamentaria de vigencia inmediata, si tal cumplimiento no es posible sin la expedición del acto.
5. Cuando el acto establezca un área de servicio exclusivo según los artículos 40 y 174 de la Ley 142 de 1994.

	<p>Por su parte el artículo 5° establece que la autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que establezca la SIC, y el artículo 8°, determina los documentos que la autoridad debe suministrar a la SIC cuando el proyecto pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.</p>
<p><u>Decreto 2696 de 2004</u></p>	<p>Define las reglas mínimas para garantizar la divulgación y la participación en las actuaciones de las Comisiones de Regulación. Establece entre otras obligaciones la de definir una agenda regulatoria anual (artículo 6°), y publicarla con el fin de recibir comentarios de los interesados (artículo 7°); la de realizar los análisis técnicos, económicos y legales pertinentes, y conservar junto con la decisión o propuesta, cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o que puedan facilitar su interpretación (artículo 8°). Por su parte el artículo 9°, determina la obligación de publicidad de dichos proyectos regulatorios.</p> <p>Finalmente, el artículo 13 consagra la obligación de rendir cuentas de su respectiva gestión, dicho informe deberá incluirá cada tres años un estudio del impacto del marco regulatorio en su conjunto, sobre la sostenibilidad, viabilidad y dinámica del sector respectivo.</p>
<p><u>Ley 1437 de 2011</u></p>	<p>Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Establece en su artículo 8, núm. 8, el deber de las autoridades de mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada sobre <i>“los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas”</i>.</p>

Parágrafo. En cualquiera de los anteriores eventos la autoridad de regulación deberá dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto.

Código de Buenas Prácticas de Reglamentación Técnica de producto	<p>El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, expidió un Procedimiento de Elaboración y Expedición de Reglamentos Técnicos PEERT, el cual incluye una evaluación ex ante como parte de los 22 pasos que deben surtirse en la preparación de una norma técnica. Dicha evaluación está consagrada en el paso número siete del procedimiento y prescribe lo siguiente:</p> <p><i>“El regulador considerará importante tener en cuenta para llevar a cabo Evaluación del Impacto de la reglamentación Técnica:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>¿Cuál es el problema a resolver?</i> • <i>¿Cuáles son las otras alternativas u opciones que tiene el Estado, que no sean reglamentos técnicos?</i> • <i>¿Cuáles son los costos de implementar el reglamento técnico?</i> <p><i>De acuerdo con la estimación del nivel de riesgo y según lo considere el regulador, se llevará a cabo un estudio del impacto que tendría la posible reglamentación técnica que se pretende expedir.”³⁹</i></p>
---	---

Del anterior recorrido normativo, se puede concluir que en Colombia existen importantes aproximaciones a la herramienta RIA, que han contribuido a un mejoramiento paulatino de la regulación y que han abonado el terreno para que en Colombia sea posible implementar una adecuada política de mejora normativa que incluya la incorporación de herramientas de evaluación de impacto normativo. No obstante, hasta octubre de 2014, fecha en la cual se expidió el CONPES 3816, no existía en el país una política normativa clara que consagrara la implementación de RIA en el proceso de producción normativa.

A continuación se estudiará el mencionado Conpes a fin de establecer cuál es la ruta que seguirá el gobierno para lograr la implementación del AIR en el ordenamiento colombiano, de cara a seguir los lineamientos de la OCDE

³⁹ A finales del año 2012, en el marco de cooperación con el gobierno de Canadá, el Ministerio completó su primer AIR, durante la actualización de la norma técnica para aparatos domésticos que funcionan con gas, en dicha evaluación se incluyó un análisis costo beneficio. Posteriormente, el Ministerio estableció como política interna, que desde el 1° de enero de 2013, todos los nuevos proyectos de normas técnicas deben estar acompañados por un AIR, así mismo, las normas técnicas vigentes se revisaría durante los años 2013 y 2014, con base en la evaluación de impacto regulatorio. (OCDE 2015, pág. 98)

3.2. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE MEJORA NORMATIVA – CONPES 3816 DE 2014

Teniendo en cuenta la necesidad de seguir los lineamientos de la OCDE que indican que para lograr una mejor administración de la economía, se necesita además de una buena política fiscal y monetaria, una adecuada política de mejora normativa, el Gobierno Nacional a través del Departamento Nacional de Planeación (DNP) principalmente, comenzó a trabajar de la mano con la OCDE, con el fin de diseñar una política de mejora normativa que contribuyera a una mejor gestión del país y fortaleciera la legitimidad del Estado.

El resultado del trabajo se materializó en el Documento Conpes 3816 del 2 de octubre de 2014, denominado “Mejora Normativa: Análisis de Impacto”, el cual presenta las bases para institucionalizar el “Análisis de Impacto Normativo” en la etapa temprana del proceso de emisión de la normatividad desde la Rama Ejecutiva del Poder Público.

A continuación se analizará con detenimiento el documento, con el fin de establecer cuál es la política que plantea el gobierno colombiano para incorporar en el proceso de creación normativa, la evaluación de impacto regulatorio, cuáles son las estrategias de implementación de la herramienta a corto y largo plazo, y que tanto esta se asemejan a las directrices que ha dado la OCDE, las cuales fueron analizadas en el primer capítulo de este trabajo.

El documento comienza por establecer los principales problemas y dificultades que se presentaban frente al tema normativo, determina que el problema central es bajos niveles de confianza, efectividad, transparencia, y calidad en la producción normativa de la Rama Ejecutiva que afectaban la competitividad del país (Conpes 3816, pág. 17). Adicionalmente, detecta otros problemas derivados del principal, a saber:

1. Normas contradictorias o poco claras: Dicho problema genera costos de cumplimiento, ante la ausencia de certeza no solo sobre qué norma debe aplicarse

en cada caso, sino de cómo debe interpretarse. Un ejemplo sobre la falta de claridad normativa se presenta cuando se expide una norma para regular un tema ya reglado por otra norma, sin especificar expresamente qué apartes de la norma previa o de otras normas del ordenamiento sufren derogatoria, es decir, al consagrar en la norma nueva una clausula general de derogatoria que indica simplemente que se entienden derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias, implica que el ciudadano y el operador jurídico, tienen la carga de determinar dentro de todo el universo normativo, que norma o normas ya no se encuentra vigente.

2. Desconocimiento del impacto social, económico y ambiental en el proceso de producción normativa: Esto dificulta evaluar si los beneficios esperados de las normas a expedir superan los costos y externalidades asociados para el Estado, la empresa, y en general la sociedad. Sin el uso sistemático de herramientas de medición de impacto no es posible garantizar la eficiencia de la intervención del Estado en los objetivos que le son definidos en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991. (Conpes 3816, pág. 18).

Evidentemente el hecho de no considerar los posibles efectos que se generan con una nueva regulación, no solo puede afectar la eficacia de la normas para la solución del problema objeto de su expedición, sino que puede crear impactos negativos que excedan ampliamente a los beneficios.

3. Los mecanismos de consulta pública contemplados para la producción normativa son débilmente difundidos, poco efectivos y considerablemente heterogéneos: si bien como se observó en los antecedentes, existen algunos instrumentos para involucrar a los ciudadanos en la toma de decisiones que los afecta, como la consulta pública, tal como establece el Conpes 3816 (pág. 19), “...*dicho mecanismo se viene aplicando de manera descoordinada y dispersa, sin brindar certeza a los ciudadanos respecto de los tiempos y criterios mínimos a los cuales debe someterse esta práctica.*”

La ausencia de mecanismos claros de consulta no solo puede minar la transparencia y legitimidad de la regulación, sino que impide conocer toda la información necesaria para tomar la mejor decisión posible, ya que los interesados pueden proporcionar datos importantes al formulador de la política.

Para resumir, el Documento Conpes señala que los problemas mencionados

“...propician el aumento de costos de transacción, que a su vez afectan el bienestar social, la competitividad y las expectativas de inversión en el país. Adicionalmente, incrementan los costos de control del cumplimiento de las normas y la posibilidad misma de implementarlas, así como la cantidad de pleitos entre los particulares, y entre estos y el Estado. Como resultado de lo anterior, la falta de estándares para la producción normativa se refleja en el menoscabo de la legitimidad del ejecutivo y en la baja efectividad de la intervención pública en la economía y la sociedad. Adicionalmente, la ausencia de herramientas para evaluar el impacto normativo ha abierto la posibilidad de generar cargas excesivas para la sociedad, lo cual no sólo incide negativamente en la competitividad del país sino también en la protección de los derechos de sus ciudadanos.” (Pág. 19)

Frente a este panorama, el equipo de trabajo del Gobierno consideró que para poder atender a las problemáticas planteadas e implementar una política de mejora normativa era necesario superar algunas barreras, tales como:

1. Debilidad en la coordinación del proceso de producción normativa y la articulación de acciones dirigidas a garantizar la mejora de la producción normativa: existe una falta de coordinación en el proceso de creación de las normas, el cual se presenta tanto al interior de las entidades emisoras, (nivel intrainstitucional), como entre diferentes entidades (nivel interinstitucional). En el primer caso, generalmente se presenta por la ausencia del trabajo conjunto entre las áreas técnicas y jurídicas para el desarrollo de una norma puede generar la expedición de normatividad con insuficiente revisión jurídica. En el segundo caso, se presenta porque se dejan por fuera del proceso de emisión a entidades que deben participar en el mismo, generándose normas poco consensuadas al interior del gobierno. (Pág. 20)

Así las cosas, se resalta la necesidad de contar en el orden nacional de la Rama Ejecutiva, con una instancia encargada explícitamente de articular las acciones dirigidas a garantizar la mejora de la producción normativa y de coordinar el proceso normativo en su conjunto, con el fin de evitar traumatismos en la eficiencia y aplicabilidad de las normas.

2. Las capacidades y lineamientos que permiten e incentivan la toma de decisiones con base en evidencia sobre los posibles impactos (económicos, sociales, y ambientales, entre otros) son insuficientes: Se reconoce que en Colombia, pese a existir algunas iniciativas, no existe la obligatoriedad para el uso de una metodología estándar que permita analizar “...las diferentes alternativas de solución a un problema público, incluyendo la de no regular, la estimación de costos, beneficios y externalidades de las alternativas, la identificación y participación de los actores afectados, y los mecanismos de implementación de la norma, entre otros” (Pág. 21).

1. Las prácticas de consulta y transparencia asociadas al proceso de producción normativa son insuficientes para garantizar su calidad: Se reconoce que si bien existen algunos mecanismos de consulta pública, no todas las entidades de la Rama Ejecutiva los utilizan, y algunas veces no hay claridad sobre aspectos como plazos en los cuales se debe llevar a cabo la participación institucional y ciudadana, así como los criterios y metodologías para la retroalimentación a la opinión ciudadana recibida durante la respectiva consulta. (pág. 22)

2. Debilidad de capacidades en las entidades de la Rama Ejecutiva encargadas de la producción normativa y de su supervisión: Se evidencia que las capacidades técnicas en producción normativa dentro de las entidades del Gobierno Nacional son heterogéneas, y en algunos casos no existen áreas dedicadas exclusivamente a esta función. Así mismo, los funcionarios públicos con responsabilidades normativas y de supervisión en la mayoría de los casos carecen de las capacidades y competencias técnicas requeridas para implementar programas y herramientas de mejora de la producción normativa. (pág. 23).

3. El inventario normativo no permite establecer de manera sencilla las normas vigentes y que aplican a determinado sector.

Luego de planteadas las dificultades existentes y las barreras que deben superarse, el documento Conpes procede a plantear el objetivo general y los objetivos específicos a corto y largo plazo que permitirán implementar la metodología de análisis de impacto normativo en Colombia. A continuación se transcriben tal como están planteados en el documento (págs. 24-25):

Objetivo central: El objetivo central de esta política es sentar las bases para generar las capacidades institucionales para la implementación de la metodología de análisis de impacto normativo en el proceso de emisión de la normatividad en la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Objetivos específicos de corto plazo:

- Diseñar e implementar el arreglo institucional responsable de la coordinación, promoción, planeación, seguimiento y divulgación en materia de Mejora Normativa.
- Generar y fortalecer las capacidades en los funcionarios de la administración pública que participan en la producción normativa.
- Definir el uso del Análisis de Impacto Normativo (AIN) como una herramienta estándar y flexible que facilite la toma de decisiones con base en evidencia, incorporando el análisis de alternativas de intervención y sus impactos.
- Mejorar los procesos de consulta, y la mejora en la divulgación y acceso a la información relacionada con el proceso de emisión normativa, que garanticen el oportuno involucramiento de las entidades responsables en la materia y aquellas que impacten sus proyectos misionales.
- Mejorar la gestión del inventario regulatorio en un grupo de normas estratégicas para la competitividad del país.
- Establecer una línea base que le permita hacer seguimiento a la política.

Objetivos específicos de largo plazo:

- Contar con la capacidad de evaluar el impacto, de la normatividad para el logro de objetivos de política pública.
- Garantizar el acceso de los ciudadanos a información relevante y oportuna y a mecanismos de participación desde las etapas tempranas del proceso normativo.
- Aumentar los niveles de cumplimiento de las normas a través de mayor información, transparencia, consulta, incentivos, capacidades de supervisión y claridad.
- Reducir la posibilidad que la normatividad responda a presiones o intereses particulares.
- Promover la normatividad sea un instrumento efectivo, garantizando que no imponga cargas excesivas para los usuarios, que además proteja sus derechos, brinde seguridad jurídica y contribuya al desarrollo económico y la competitividad del país.

Finalmente, el Conpes fija las estrategias y el plan de acción a seguir para la implementación de la herramienta. Para ello establece dos fases, cada una, acorde con los objetivos a corto y largo plazo previamente establecidos.

La primera fase está presupuestada para los primeros tres años y plantea 5 estrategias a saber:

1. *Establecimiento de una institucionalidad que se encargue de las actividades de coordinación, articulación y promoción de la implementación del Análisis de Impacto Normativo en la Rama Ejecutiva del Poder Público.*

Se propone la creación de un Comité para la Mejora Normativa, con su respectiva Secretaría técnica, el cual se incorporaría al Sistema Nacional de Competitividad e Innovación (SNCI). Dicho Comité deberá estar integrado por las siguientes entidades Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica (DAPRE) (Secretaría Jurídica de Presidencia y el Consejería Presidencial del Sistema de Competitividad e

Innovación); Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP); Departamento Nacional de Planeación (DNP).

2. *Implementación de una estrategia de generación y fortalecimiento de capacidades para la gestión y uso de herramientas de mejora en la producción normativa.*
3. *Implementación de la herramienta de Análisis de Impacto Normativo (AIN) en la Rama Ejecutiva en el orden nacional:* La introducción del uso de la herramienta y la implementación de un Sistema de Revisión de los AIN, estará a cargo de la Secretaría Técnica de la Comité para la Mejora Normativa. Este proceso se realizará de manera progresiva a través de un programa piloto.
4. Establecimiento de lineamientos y guías para mejorar la consulta pública y la transparencia del proceso normativo.
5. Definición y aplicación de los mecanismos y herramientas para la administración y racionalización del inventario normativo en un grupo de normas estratégicas para la competitividad.

Finalmente, la implementación de esta Política estará definida en un Decreto que contenga el marco legal general de la Política de Mejora Normativa, sus principios, alcances y objetivos, así como la incorporación al Sistema Nacional de Competitividad e Innovación (competencias y responsabilidades) del Comité de Mejora Normativa.

La Segunda fase, planteada a mediano y largo plazo, contempla lo siguiente:

- Creación de una instancia que asumirá las funciones del Comité para la Mejora Normativa, así como la supervisión de la política e instrumentos para garantizar la calidad de la producción normativa en el marco del Sistema Nacional de Competitividad e Innovación.

- La obligatoriedad del uso del AIN por parte de las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional con iniciativa legislativa, potestad reglamentaria y función regulatoria, de acuerdo a los criterios de necesidad, impacto económico, impacto ambiental, impacto social, población afectada, entre otros que se definan.

En los anteriores términos, plantea el Gobierno Nacional el curso de acción inicial a seguir para la implementación del AIR en Colombia. Así las cosas, este capítulo nos ha permitido conocer que existen importantes avances frente al tema de la mejora regulatoria en Colombia, como quiera que desde hace más de diez años se vienen profiriendo normas que son congruentes con la AIR, en el sentido que han buscado disminuir o suprimir trámites, plantear algunas directrices para la elaboración de nuevas normas, elaborar de inventarios normativos, mejorar los procesos de consulta pública, entre otros. Lo anterior deja ver que existe un compromiso político que viene de gobiernos anteriores al del Presidente Santos y que precede a la intención de pertenecer a la OCDE.

No obstante, queda un importante camino por recorrer como quiera que pese a dichos avances, no se ha dado una estrategia articulada, que permita estructurar una adecuada política regulatoria en cabeza de un solo órgano del gobierno, que sienta directrices y procedimientos claros que deban seguir los diferentes órganos de la administración. Así mismo, normas como el decreto 1345 de 2010 que a primera vista representa una gran aproximación a la metodología del AIR, tal como ha señalado la OCDE (2014a), se ha limitado básicamente a un análisis jurídico, y en un requisito más que debe cumplirse para que la norma sea expedida por el Presidente de la República y entre a formar parte del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el Conpes 3816 de 2014, si bien es un paso importante y una muestra clara de la intención del gobierno colombiano de mejorar la regulación e incluir herramientas de evaluación de impacto normativo, además de brindar importantes insumos para definir cómo deberá llevarse a cabo la implementación de la herramienta, lo cual procuraremos hacer en el siguiente capítulo, es solo el inicio de un largo proceso, que requerirá el esfuerzo de varios actores.

CAPÍTULO 4

CONSTRUYENDO EL CAMINO HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO EN COLOMBIA

A lo largo de este trabajo se ha planteado la importancia que representa para Colombia incluir el AIR en su política de mejora normativa, no solo para estar acorde con la tendencia mundial y con los lineamientos que propone la OCDE, sino para beneficiarse de todas las ventajas que traer consigo el hecho de contar con una regulación eficiente y de calidad. Igualmente, de la experiencia de otros ordenamientos jurídicos que ya utilizan el AIR y de los antecedentes que ha tenido la herramienta en Colombia, hemos podido extraer aciertos y desaciertos o posibilidades de mejora en el camino hacia su implementación.

Así las cosas, para finalizar este trabajo, y tomando los elementos que nos brindan los capítulos precedentes, procuraremos establecer los elementos básicos que deben tenerse en cuenta durante el camino hacia la implementación del AIR en nuestro ordenamiento jurídico, para ello dividiremos este capítulo en dos partes, en la primera se abordarán las condiciones previas a la introducción de la herramienta, es decir, el entorno que se requiere y los desafíos que deben enfrentarse, y en la segunda parte, procuraremos establecer como debe estar estructurado el Sistema AIR, es decir el diseño institucional de la herramienta. Todo eso con el fin de que el proceso de implementación no se quede en buenas intenciones y se pueda lograr el uso sistemático y eficiente del instrumento, que redunde en una verdadera mejora del proceso regulatorio en nuestro país.

4.1 CONDICIONES PREVIAS A LA INTRODUCCIÓN DEL AIR

Con base en la experiencia de otros ordenamientos que comenzaron a utilizar el AIR en su proceso regulatorio, la OCDE (2008, pág. 26), ha identificado varios desafíos que deben superarse en el proceso de implementación, a saber: Insuficiente apoyo institucional y personal con las habilidades apropiadas para llevar a cabo el AIR; Conocimiento y aceptación limitada del AIR dentro de las instituciones públicas y la sociedad civil, lo cual

reduce su capacidad para mejorar la calidad regulatoria; La falta de un proceso de política coherente, basado en datos y participativo; La indiferencia por parte de la administración pública, sobre todo debido a la inercia en el ambiente político, es potencialmente uno de los obstáculos más importantes para un sistema de AIR efectivo; La oposición de los políticos preocupados por perder el control sobre la toma de decisiones; Una burocracia reguladora rígida y la existencia de intereses creados que se oponen a las reformas; entre otros.

Este panorama no es ajeno a la realidad política de nuestro país y seguramente la implementación de la metodología generará resistencia por parte de algunos sectores, es por ello que el Gobierno Nacional debe ser consiente de los desafíos que debe afrontar y frente a ello asumir un fuerte compromiso político, tener claridad sobre los recursos que requiere el sistema AIR y realizar un proceso de aprendizaje e interiorización progresivo para que sea asimilado de mejor forma, lo cual puede lograrse a través de proyectos pilotos como se verá más adelante. A continuación se profundizará sobre estos aspectos mencionados.

4.1.1. Compromiso Político

Para la introducción de cualquier institución en el ordenamiento jurídico es fundamental el compromiso del Gobierno y en general de las entidades que estarán involucradas directamente con la misma, ya sea como actores activos en su desarrollo, o como sujetos pasivos que deberán cumplir las obligaciones que de esta se deriven. En el caso de la institucionalización del AIR como herramienta que busca mejorar la calidad de la regulación, la OCDE (2008) considera que es fundamental el compromiso político que se asuma desde el más alto nivel del Gobierno. Así mismo, afirma que la decisión debe ser apoyada por las diferentes instituciones encargadas de la elaboración de legislación y normas. Esto implica, que tanto la rama legislativa como la rama ejecutiva, acepten un instrumento de política que requiere un cambio en la cultura política del sistema.

En el caso colombiano las entidades que deben estar necesariamente involucradas en el proceso conociendo su importancia y asumiendo el compromiso para su implementación serían las entidades que asesoren al presidente, los Ministerios, los

Departamentos Administrativos en especial el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Congreso de la República, entre otras.

Igualmente es importante que actores externos al gobierno también asuman el compromiso frente a la herramienta, tales como asociaciones empresariales y de consumidores, medios de comunicación, y la academia, que pueden contribuir en el proceso de difusión del conocimiento sobre el AIR. Por ejemplo, es ideal que dentro de las universidades se incluyan seminarios o cursos sobre este tema para que además de formar adecuadamente a los futuros reguladores, se vaya generando un cambio cultural que reconozca la importancia de una regulación de calidad. Así mismo, el sector empresarial a través de los gremios podría prestar una importante contribución, organizando y patrocinando jornadas de capacitación para sus miembros a fin de que estos contribuyan de manera oportuna y acertada en la etapa de consulta pública que consagra el AIR.

Finalmente tal como recomienda la OCDE (2008, pág. 32), dicho compromiso debe plasmarse en un instrumento positivo, que regule toda la institución y defina parámetros claros para su aplicación. Esta es la tendencia en gran parte de los países que forman parte de esta organización, en los cuales se observa una aplicación más amplia de RIA. Su inclusión en el ordenamiento positivo se ha dado a través de diversas formas legales, tales como una ley⁴⁰, decreto presidencial⁴¹, orden ejecutiva, directiva del gabinete⁴², las directrices del primer ministro⁴³, etc. (OCDE 2004, pág. 3).

Tenemos entonces que, el compromiso político se evidencia con un claro reconocimiento de la obligación de realizar el AIR en el proceso de toma de decisiones

⁴⁰ Algunos países que adoptaron RIA mediante ley son: República Checa, Corea y México. (OCDE 2004)

⁴¹ EE.UU adoptó RIA mediante una orden presidencial. (OCDE 2004)

⁴² Sobre la base de una directiva del gabinete, o decisión del gabinete tenemos ordenamientos como: Canadá, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Alemania, Portugal, Suecia y el Reino Unido. (OCDE 2004)

⁴³ En Australia, Austria, Francia, Italia y Países Bajos se acogió RIA se hizo a través de decreto del Primer Ministro o directrices del primer ministro. (OCDE 2004)

como una política para mejorar la calidad regulatoria, y además mediante el establecimiento de un órgano que coordine y dirija la institución.

Algunos países en lo que se evidencia un alto compromiso político frente a la herramienta del AIR, son Estados Unidos y México, entre otros. Por ejemplo, Estados Unidos, fue el primer país en adoptar el análisis costo-beneficio de la regulación y desde el año 1981 es obligatorio que se realice un AIR completo para todas las regulaciones sociales significativas mediante una orden ejecutiva. La OCDE (2014a), señala que el valor del AIR en Estados Unidos ha aumentado considerablemente, dada su integración total al proceso de consulta pública, lo que implica que el compromiso político ha llegado al nivel más alto. El órgano que ostenta la responsabilidad de la herramienta es la Oficina de Gestión y Presupuesto (OMB).

De otro lado, en México, tal como se evidenció en el capítulo segundo de este trabajo, existe un amplio compromiso político frente a la inclusión del AIR en el proceso regulatorio, el cual fue formalizado desde el año 2000 y ha venido ajustándose y ampliándose de acuerdo a los lineamientos dados por la OCDE.

En el caso de Colombia, de acuerdo a lo que arrojó el recorrido normativo realizado en el capítulo anterior, puede concluirse que existe un compromiso político, que se origina principal en el gobierno anterior y que antecede incluso a la intención de ingresar a la OCDE, pero que evidentemente se ha fortalecido en virtud de esta expectativa. Así las cosas, el ideal es que dicho compromiso se fortalezca para que el tema no se quede en buenas intenciones. Adicionalmente, es fundamental que el mismo trascienda a la próxima administración y se convierta en una verdadera política de Estado y no en una mera política del gobierno de turno.

Adicionalmente, la materialización de dicho compromiso implicará por una parte, que se designe un órgano de supervisión de la calidad regulatoria que se encargue de dirigir la herramienta, lo cual ya se consagra dentro de la estrategia del gobierno plasmada en el Conpes 3816 de 2014, como parte de la segunda fase del proceso de implementación de la

herramienta, al señalar que se creará “...una instancia que asumirá las funciones del Comité para la Mejora Normativa, así como la supervisión de la política e instrumentos para garantizar la calidad de la producción normativa en el marco del Sistema Nacional de Competitividad e Innovación.”

De otro lado, el compromiso involucrará la consagración de los lineamientos y directrices para la aplicación del AIR en un solo instrumento jurídico, pues como se observó previamente, si bien existen algunas normas dentro del ordenamiento jurídico que consagran elementos propios de la metodología, no existe una sola norma que consagre de manera sistemática cada uno de los aspectos relativos al AIR, esto es alcance, procedimiento, efectos jurídicos de su inobservancia, etc.

4.1.2. Los Costos de implementación y funcionamiento

La introducción del AIR en Colombia generará costos para el Estado que van desde los estudios previos a su implementación, hasta la puesta en marcha de la herramienta con todo el andamiaje institucional que esto requiere, por ello, es necesario que aparejado al compromiso político mencionado en presencia, exista la disponibilidad de los recursos necesarios y claridad sobre de donde provendrán los mismos.

Adicionalmente, pese a que la experiencia de otros países ha demostrado que los beneficios de utilizar la herramienta y tener una mejor regulación supera los costos del sistema, esto no debe darse por hecho, por el contrario, es necesario que durante el estudio de viabilidad del AIR, se tengan en cuenta los posibles costos y se analice sobre si estos se verán compensados con los beneficios que traerá su aplicación en la preparación de las regulaciones. En otras palabras un proceso de AIR eficiente será aquel que resulte eficaz en el logro de los objetivos referentes a la toma de decisiones mejor informadas y procesos de gobierno más abiertos y transparentes, evitando costos innecesarios.

Entre los principales costos que genera el sistema AIR se encuentran aquellos asociados con la preparación de los AIR y los costos incurridos por los órganos de supervisión. Otros

gastos incluyen los relacionados con los procesos de consulta pública y los costos que pueden implicar los retrasos en la aplicación de las políticas mientras se surte el proceso del AIR (Australian Government, 2012. Pág. 71).

Frente al tema específico de los costos en la preparación de los AIR, estos pueden variar dependiendo de muchos factores, tales como la importancia y complejidad del tema a regular, el grado de dificultad en la obtención de los datos y la extensión de la consulta, es decir, si esta debe llevarse a cabo en varias jurisdicciones, por ejemplo por tratarse en un proyecto regulatorio nacional (Australian Government, 2012. Pág. 71).

Para conocer un poco cuanto puede representar en términos reales dichos costos para un Estado que ya tiene implementada la metodología, es pertinente conocer los resultados de una encuesta realizada en Australia en el año 2010, en la que entre otros temas se indagó sobre los costos del sistema, a más de 100 agencias que durante el periodo comprendido entre el comprendido entre 1 enero 2010 a 31 diciembre 2011, realizaron procesos de AIR, ya sea a través de un análisis de impacto preliminar, una declaración de impacto regulatorio (RIS) o una solicitud de exención (Australian Government, 2012).

El estudio discriminó los costos teniendo en cuenta las etapas del proceso, esto es, los costos de preparación o elaboración del RIS por parte de las agencias y los costos de supervisión por parte del órgano regulador central. Frente a los costos de las entidades sujetas al AIR, se preguntó a los encuestados sobre el costo estimado del proceso de RIA para su agencia durante el periodo 2010-11, muchos de ellos, fueron incapaces de proporcionar una estimación, tal vez debido a la baja actividad de RIA, la falta de mantenimiento de registros o la dificultad de identificar por separado los costos asociados con RIA de otros costos de la agencia. Los principales resultados fueron:

- El costo estimado de un RIS sencillo oscilaron entre A\$2.500 y A\$450.000
- La agencia que reportó un costo de A\$2.500, señaló que este valor había sido el más bajo en los últimos años.

- Dos de las agencias que reportaron un costo de A\$450.000, señalaron que pagaron entre A\$150.000 y A\$200.000 a un consultor externo y que el resto fueron gastos internos.
- Una agencia informó que en promedio la elaboración de un RIS requiere 6 semanas de trabajo por parte de un gerente de nivel medio, aclarando que aquellas propuestas que requieren un análisis costo – beneficio más complejo, pueden tomar entre 15 y 20 semanas, mientras que las propuestas sencillas puede tomar entre 2 y 4 semanas.
- Otra agencia informó que, dependiendo de su tamaño y complejidad, un RIS podría tomar entre 50 y 145 horas, con la participación de un grupo de funcionarios de diferentes niveles.
- El Departamento del Fiscal General informó los costos de un proceso de AIR que estaba llevando a cabo en el momento de la encuesta: aproximadamente A\$300.000 para los consultores externos para llevar a cabo grupos de discusión y preparar la consulta y RIS definitiva; aproximadamente A\$50.000 en los gastos de personal para emprender el proceso, y aproximadamente A\$90.000 en gastos de publicidad relacionados con el lanzamiento de la RIS de consulta para garantizar una cobertura adecuada de las partes interesadas, en particular pequeñas y medianas empresas.
- El coste medio del AIR para el 2010-11 fue de aproximadamente A\$37.000 más alto para las agencias que indicaron que habían utilizado consultores en relación con los que no lo tenían. Para uno de los encuestados, esta diferencia se explicó por los altos honorarios de consultores en relación con los costos internos. (Australian Government, 2012, pág. 88).

De otro lado, frente a los costos asociados a la supervisión de los procesos del AIR, es importante recordar cuales son las principales funciones de dichos órganos, a saber: decidir si las propuestas requieren RIS, proporcionar capacitación y asesoramiento sobre el proceso de RIA, examinar y asesorar sobre la adecuación de las RIS, el mantenimiento de los documentos RIS, revisión de la regulación existente, entre otras. Los costos y los niveles de personal asociados con las actividades relacionadas con el AIR varían sustancialmente entre los órganos de supervisión, principalmente debido a las variaciones en las funciones de supervisión y la actividad entre jurisdicciones. Los costos van desde

menos de A\$200.000 por año en las jurisdicciones más pequeñas (Tasmania y Territorio del Norte), a A\$3.8 millones para la Oficina Mejores Prácticas Regulatorias del Gobierno de Australia. (Australian Government, 2012, pág. 99).

Otros costos que puede aparejar el sistema AIR, son aquellos en los que incurren las empresas y otros grupos de interés que son consultadas - por ejemplo, los costos asociados con la participación en las reuniones, grupos de discusión o audiencias públicas, etc. Según la encuesta, un número de grupos de consumidores indicó a la Comisión que el costo de la consulta y la recolección de datos se puede generar una presión considerable sobre sus limitados recursos, hasta el punto de que no pueden participar en algunos procesos de consulta (Australian Government, 2012, pág. 73)

Para finalizar, el estudio realizado en Australia determinó que si bien no existían datos suficientes para brindar una conclusión sobre la eficiencia general del sistema y afirmar con certeza que los beneficios superan a los costos del AIR, en uno de los pocos estudios australianos que existen sobre costos y beneficios del AIR realizado por Abusah y Pingiaro en 2011, determinó que el proceso del AIR en el Estado de Victoria puede haber sido un mecanismo rentable para la mejora de la calidad de la regulación, así mismo, el Departamento del Tesoro (Australia Occidental) señaló que en el primer año de funcionamiento, el AIR "resultó en un ahorro de más de \$40 millones a la economía de Australia Occidental (Australian Government, 2012, pág. 75)

En el caso colombiano al encontramos en una etapa preliminar de la implementación, se dispone de poca información sobre los costos que se espera genere todo el proceso, sin embargo, tenemos por un lado, algunas cifras relacionadas con el costo de los pilotos que se realizaron desde noviembre de 2014 en algunas entidades del Estado con el acompañamiento y asesoría de la OCDE, según información suministrada por el Departamento Nacional de Planeación, y por el otro, un presupuesto estimado para el desarrollo de la primera fase que abarca los tres primeros años del proceso de implementación, establecida en el Conpes 3816 de 2014, estudiado en el capítulo anterior.

Frente al primer punto y como respuesta a un derecho de petición presentado ante el Departamento Nacional de Planeación, se tiene la siguiente información:

“El programa piloto que inició en noviembre de 2014 y finalizó el pasado 30 de septiembre de este año, tuvo un costo de £372.623 pago que se realizó través de un Acuerdo de Contribución entre la OCDE, el Mincit y el DNP. Este programa sin embargo incluía varias actividades:

- *Lanzamiento del evento, al que asistieron varios expertos internacionales*
- *Taller intensivo sobre RIA (enero 2015) 5 días completos*
- *Taller sobre consulta pública (marzo 2015) 3 días*
- *Evento de cierre (septiembre 2015)*
- *Manual- guía metodológica sobre AIN*
- *Dos consultoras OCDE que acompañaron in situ y vía teleconferencia el desarrollo de cada uno de los pilotos.*
- *Un enlace permanente entre la OCDE y Colombia*

No existe un costo unitario por piloto de AIN debido a que la asesoría iba más allá del acompañamiento e incluía otros servicios. Por ejemplo, la OCDE cubrió todos los gastos de los especialistas internacionales y sus viáticos.

Además, se deben tener en cuenta los costos del tiempo de las personas que dedicaron a los pilotos en cada entidad.”

De otro lado, frente a los costos estimados de la implementación del AIN, el Conpes señala lo siguiente:

“El presupuesto indicativo contenido en el presente documento Conpes estará sometido al trámite y ejecución de los recursos de las entidades que participan en la elaboración y desarrollo de esta política, las cuales deberán priorizar el costo fiscal generado dentro de las apropiaciones presupuestales aprobadas, acordes con el Marco de Gasto de Mediano Plazo del respectivo sector que garantice la adecuada y oportuna implementación de todas las acciones propuestas. El Plan de Acción para dar

cumplimiento a los objetivos contemplados en este documento asciende a un monto estimado de \$3.195 millones⁴⁴”

A continuación se discrimina ese valor por año y línea de intervención de la siguiente manera:

Inversión en millones de pesos – (pesos corrientes)

LÍNEA DE INTERVENCIÓN	AÑO 1	AÑO 2	AÑO 3	TOTAL
Capacitación y Divulgación	260	330	280	870
Análisis de Impacto Normativo	1.000	700	600	2.300
Otras herramientas de Mejora Normativa (Inventario, Consulta Pública, Transparencia)	25			25
	1.285	1.030	880	3.195

Fuente: Tabla 3, Conpes 3816 de 2014, pág. 34.

La estimación de costos no es tarea fácil como quiera que no todos los proyectos regulatorios y sus AIR son iguales, cada uno tiene su nivel de complejidad y requiere de recursos de personal y de tiempo diferentes. Así mismo, los costos en que puede incurrir una agencia u otra, podrán depender de nivel de capacitación que tengan sus equipos internos, pues entre mayores habilidades tengan los equipos encargados de realizar los AIR, serán menores los costos de elaboración, porque, por ejemplo no se tendrá que acudir a un consultor externo.

De otro lado, deben incluirse los costos asociados a la institucionalidad permanente que se requiere para promover y mantener la calidad de la regulación, y para revisar los AIR, tema al que haremos referencia en el siguiente aparte, los cuales no están incluidos en la estimación realizada por el Gobierno en el documento Conpes.

⁴⁴ En este valor está incluido el costo de los pilotos AIN.

4.1.3. Los proyectos Piloto

Una buena opción para introducir el AIR de manera progresiva y que permite que las distintas entidades y órganos del gobierno se vayan adaptando e interioricen de mejor forma la metodología, es la realización de proyectos piloto o experimentales que permitan medir y obtener resultados que guíen el proceso de implementación futuro.

Según la OCDE (2008, pág. 59) el AIR se ha introducido en algunos países emergentes y en desarrollo, en forma de proyectos piloto, los cuales permiten vincular la teoría a la experiencia práctica, y ayudan a adaptar la aplicación de la herramienta de la política según las especificidades de cada sistema. Añade que el objetivo es beneficiarse de las lecciones aprendidas en los proyectos piloto para que las autoridades sean capaces de poner en práctica las reformas a una escala mayor en función de su experiencia. La fase piloto debería permitir un período de tiempo adecuado a las autoridades a reflexionar sobre la manera de cumplir mejor sus necesidades y objetivos.

En el caso colombiano, desde noviembre de 2014 hasta septiembre de 2015 se realizaron 6 proyectos piloto con el acompañamiento de la OCDE, en las siguientes entidades: Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento (CRA); Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; Dirección de Asuntos Ambientales, Sectorial y Urbana - Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; Unidad de Regulación Financiera (URF) – Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Dirección de Regulación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El pasado 30 de septiembre se presentaron los resultados de dichos pilotos en un evento auspiciado por el Departamento Nacional de Planeación. Delia Rodrigo, especialista *senior* en Reforma Regulatoria de la OCDE, quien lideró todo el proceso, señaló en su presentación que los pilotos sirvieron para: Practicar la preparación de un AIN; Entrenar las áreas de regulación de la administración que puedan ayudar a replicar la experiencia; Identificar las brechas existentes para una implementación efectiva del AIN en Colombia. De otro lado, determinó que las lecciones aprendidas servían como insumos para el diseño

institucional necesario para la implementación efectiva del AIN y brindaban un apoyo técnico a los reguladores. Dichas lecciones fueron:

“El AIN es un instrumento importante a desarrollar en Colombia, pero hay que apoyar el desarrollo de capacidades; hay que ser selectivo en su uso (proporcionalidad); hay que vincularlo a una planeación regulatoria más organizada; hay que profundizar en el diálogo con el sector privado y grupos afectados, mejorando las técnicas de consulta.

Las instituciones participantes podrían seguir con la preparación de nuevos AIN. Las personas que fueron capacitadas podrían ayudar a otros equipos técnicos a replicar la experiencia.

El Gobierno de Colombia debe comenzar a definir los criterios y características del sistema de AIN a ser impulsado en el país.

El sector privado que participó en los pilotos debe continuar contribuyendo a mejorar las prácticas regulatorias.” (Rodrigo, D. 2015)

Como se observa, los proyectos pilotos son de gran utilidad para ir desarrollando capacidades técnicas frente a la herramienta y evaluar los aciertos y desaciertos necesarios para estructurar la forma de implementarla.

4.2. ESTRUCTURA DEL SISTEMA AIR

Teniendo presente los aspectos que deben considerarse previo a iniciar el proceso de implementación y gracias a las recomendaciones de la OCDE, la experiencia de otros ordenamientos y los resultados de las pruebas piloto ya realizadas en el país, nos permitimos presentar los criterios que a nuestro entender deben definirse claramente y plasmarse en una norma, para introducción definitiva del AIR en Colombia. Dichos criterios son: Marco institucional, ámbito de aplicación, efectos jurídicos de su incumplimiento y tipo de análisis.

4.2.1. Marco Institucional

Lo primero que debe definirse acerca del sistema del AIR, son las instituciones que harán parte del proceso y en cabeza de quien estará la dirección del mismo y la responsabilidad frente a su desarrollo y ejecución. Así las cosas, habrá de establecerse quién debe realizar los AIR, y quién se encargará de verificar su cumplimiento, si se siguieron los lineamientos establecidos, y si efectivamente se cumplió el objetivo propio de este tipo de análisis.

En lo que respecta al primer aspecto, consideramos que existen dos posibilidades, la primera sería que un órgano especial del Gobierno se encargara de realizar todas las evaluaciones de impacto de los proyectos regulatorios que pretendieran proferir las diferentes entidades con competencia para emitir normas. Esta alternativa implicaría la existencia de una entidad con la idoneidad suficiente para conocer de todas las materias que manejan las entidades que regulan los diferentes los sectores económicos y sociales del país, tales como educación, infraestructura, servicios públicos, salud, comercio, etc. Esta opción resulta muy difícil en términos operativos, como quiera que contar con personal idóneo y capacitado para cada sector sería muy complicado, además probablemente no podría atender toda la demanda de nueva regulación que presentaría cada ente del gobierno.

Esta opción implicaría prácticamente que la facultad normativa y regulatoria se concentrara en un solo órgano del gobierno, lo cual no sería acorde con la organización administrativa del Estado Colombiano y desnaturalizaría la figura de la delegación administrativa que rige nuestro ordenamiento jurídico.

La segunda opción, que parece ser la más viable y la que ha sido la acogida por gran parte de los ordenamiento que aplican la herramienta, es que dentro de cada órgano con facultad normativa, exista un equipo de trabajo especializado en la elaboración de los AIR, los cuales serán revisados por un órgano del gobierno al que haremos referencia más adelante.

La OCDE (2008), señala que la constitución de equipos para trabajar en AIR, no es una tarea fácil, pero resulta fundamental para el éxito del programa y establece que debe estar conformado por un grupo multidisciplinario, es decir, por diferentes profesionales con conocimientos clave tales como: Conocimiento político, que proporciona liderazgo, consejos y recomendaciones para lograr los objetivos políticos del AIR. Conocimiento Legal o jurídico, que resulta fundamental para brindar asesoramiento y recomendaciones frente a la aplicación e interpretación de los instrumentos jurídicos. Conocimiento económico, contribuye con el análisis de los costos económicos de las regulaciones propuestas, mediante la utilización de datos económicos para el análisis basado en la evidencia. Finalmente conocimientos en comunicación son importantes al momento de gestionar las consultas internas y externas y organizar la forma en que los resultados deben ser comunicados al público.

Para la conformación del equipo que llevará a cabo los AIR, es necesario determinar las capacidades operativas y presupuestales de cada entidad, pues no basta simplemente con asignar algunos funcionarios para la tarea sin ninguna planeación, más aun cuando resulta fundamental impartir una adecuada capacitación a este personal y esto implica (i) contar con recursos para hacerlo, y (ii) un compromiso político al respecto, ello tal como se señaló previamente.

Sobre la capacitación del equipo de trabajo la OCDE (2014^a, pág. 100) señala:

“Es fundamental que los entes reguladores tengan las capacidades necesarias para preparar evaluaciones económicas de calidad, lo que incluye comprender la manera en que el AIR contribuye a asegurar la calidad regulatoria, así como entender los requisitos metodológicos y las estrategias de recopilación de datos. Todas las herramientas de toma de decisiones complejas, como la generación de AIR adecuados, exigen un proceso de aprendizaje.”

A la fecha de la finalización de este trabajo, se conoce que el Gobierno Colombiano a través del Departamento Nacional de Planeación en colaboración con la Escuela Superior de Administración Pública, han ofrecido dos diplomados sobre el Análisis de Impacto Normativo (como se ha denominado la herramienta en Colombia), de manera gratuita para

los funcionarios públicos que desearan tomarlo. El objetivo de los mismos fue contribuir a la generación de capacidades para mejorar la eficiencia económica, social y administrativa de las normas emitidas desde la Rama Ejecutiva de orden nacional.

De otro lado, a nivel interno de algunas entidades se han iniciado procesos de capacitación para la elaboración de los análisis de impacto, por ejemplo en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se encuentra desarrollando un marco para instaurar el uso del AIR en el caso de regulaciones técnicas. Esto incluye un programa de capacitación inicial, así como la preparación de formularios y guías para este fin. (OCDE 2014^a, pág. 100)

Finalmente, frente al tema del equipo de trabajo que realiza los AIR, tenemos que en algunos ordenamientos jurídicos se permite la figura de los consultores externos, es decir, que la entidad proponente del proyecto regulatorio puede acudir a un consultor externo para que realice el AIR. Por ejemplo en Australia, los consultores externos pueden utilizarse para ayudarle a escribir el RIS, según lo establece la Guía de Regulación publicada por el Gobierno Australiano en el año 2014, sin embargo, considera que lo óptimo sería fortalecer las capacidades internas para que sea el personal de la entidad el que pueda realizarlo⁴⁵. Así mismo, se precisa que pese a que se permita la contratación de consultores externos, la agencia es responsable de asegurar la dirección de los RIS y de que estos se ajusten a los lineamientos que ha dado la OBPR. Finalmente, establece la guía que la OBPR no tratará directamente con los consultores, ni proporcionará opiniones, comentarios o evaluaciones directamente a los mismos.

Fijada cuál es la mejor alternativa frente a la pregunta de quién debe realizar los AIR, de acuerdo a la experiencia de otros países y a las recomendaciones dadas por la OCDE, pasamos a la segunda cuestión fundamental en el tema del marco institucional, esto

⁴⁵ “Tenga en cuenta las habilidades para preparar un RIS son fundamentales para la disciplina de la formulación de políticas. La contratación de consultores externos para hacer el trabajo por usted no va a construir la apropiada habilidades internas dentro de su agencia” (AUSTRALIAN GOVERNMENT, 2014).

es, quién debe velar por el cumplimiento de los AIR y realizar un control de calidad frente a los mismos.

La OCDE (2014) considera que según la experiencia internacional, el AIR fracasa si se deja por completo en manos de los entes reguladores, pero también si está demasiado centralizado. Por tanto, para asegurar la propiedad del instrumento por parte de los entes reguladores, y al mismo tiempo establecer medidas de control de calidad y congruencia, es conveniente que las responsabilidades del AIR se compartan entre los ministerios o agencias reguladoras y una unidad central de control de calidad. Afirma la organización que en el caso particular del AIR, la falta de un órgano de supervisión central limita la función de control de calidad, por la cual se asigna a una institución central la responsabilidad de revisar la calidad del AIR y garantizar que al preparar el análisis se apliquen los debidos criterios y estándares.

Resulta claro entonces que es fundamental que exista un órgano que dirija la institución como tal, que no solo realice un control de calidad a los AIR que elaboran las diferentes entidades del Gobierno, sino que sea quien establezca los lineamientos, guías, y directrices para que haya uniformidad en la metodología que apliquen todas la entidades, a fin de que se cumplan los objetivos propios de la herramienta en términos de mejorar la calidad regulatoria. Adicionalmente, lo ideal es que dicho órgano no solo dirija el tema de análisis de impacto regulatorio, sino que en general sea el ente que lidere todos asuntos que tengan relación con la política de mejora regulatoria, pues recordemos que el AIR es solo una parte de dicha política.

En Estados Unidos, la Oficina de Gestión y Presupuesto (OMB), a través de *The Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), dirige la política de mejora regulatoria, y se encarga de coordinar y revisar todas las regulaciones federales de las agencias ejecutivas (quienes le envían el proyecto regulatorio y el RIA), para reflejar las

prioridades presidenciales y para garantizar que los impactos económicos y de otro tipo, se evalúen como parte de la toma de decisiones de regulación.⁴⁶

La revisión de OIRA al proyecto propuesto y la regulación final contribuye a asegurar que la agencia ha definido adecuadamente el problema que tiene la intención de abordar, las alternativas consideradas, ha evaluado la información disponible, los riesgos, los costos y beneficios (tanto cualitativos como cuantitativos); y ha consultado a las partes afectadas y promovido la transparencia y la participación. Así las cosas, dicha oficina busca que los beneficios de regulaciones de la agencia justifican los costos y que el enfoque elegido maximizar los beneficios netos para la sociedad.

En Colombia tal como se mencionó en precedencia y según lo estableció la OCDE (2014a, pág. 48), en su diagnóstico sobre la política regulatoria, no existe un órgano central que dirija la política regulatoria como quiera que existen diferentes entidades con distintas competencias sobre el tema (DNP, DAFP, MINTIC, MCIT, Ministerio de Justicia y del Derecho, comisiones de regulación, entre otras), las cuales *“operan conforme al esquema vertical en la toma de decisiones que caracteriza al sistema presidencialista colombiano, en vez de adoptar el enfoque de una institución única y coordinadora, con una visión coherente respecto de la calidad regulatoria”*.(Pág. 20)

Así las cosas, resulta necesario que se establezca un órgano que dirija la política regulatoria y dentro de ella, coordine todo lo referente al AIR. En el Conpes 3816 de 2014, que hemos venido estudiando, se propone la creación de un comité para la Mejora Normativa, con su respectiva Secretaría técnica, el cual se incorporaría al Sistema Nacional de Competitividad e Innovación (SNCI). Dicho comité estaría integrado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica (DAPRE) (Secretaría Jurídica de Presidencia y el Consejería Presidencial del Sistema de Competitividad e

⁴⁶ De acuerdo a lo dispuesto por la Orden Ejecutiva 12866, "Planificación y Revisión Normativa", emitida por el Presidente Clinton en 1993, la responsabilidad de la OIRA dentro la OMB, es la de revisar los proyectos propuestos por las agencias y la regulación final. Con respecto a la política de regulación, la misión de OIRA incluye garantizar la coordinación y revisión interinstitucional dentro del Poder Ejecutivo, incluyendo oficinas dentro de la OMB y la Oficina Ejecutiva del Presidente; así mismo, asegurar que las regulaciones se basan en un análisis sólido y sirven a los propósitos de los estatutos que les autorizan y los intereses del público.

Innovación); el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP); y el Departamento Nacional de Planeación (DNP).

Este comité tendría entre otras funciones la de coordinar la implementación de las estrategias de mejora en la calidad normativa de la Rama Ejecutiva; establecer los lineamientos de política de Mejora Normativa de largo plazo; adoptar y divulgar mejores prácticas en materia de calidad en la producción normativa, y producir lineamientos y guías metodológicas para las entidades del orden nacional; definir y promover el uso de herramientas y estándares para la mejora en la producción normativa, entre ella el análisis de impacto normativo. El proyecto del Gobierno es que en el plazo de 5 años se cree una instancia que asuma las funciones de dicho comité en el marco del Sistema Nacional de Competitividad e Innovación.

Así las cosas, surge la pregunta, sobre qué características mínimas debería tener el órgano que lidere la política regulatoria en Colombia y como parte de ella, dirija y coordine el uso de la evaluación de impacto regulatorio⁴⁷. Para ello, el caso mexicano que ya estudiamos, nos brinda muchos insumos, como quiera que su adecuado diseño institucional le ha merecido reconocimiento por parte de la OCDE, quien lo ha señalado como uno de los miembros de esta organización con mayor progreso en el diseño y consolidación institucional de su sistema de administración de mejora regulatoria (OCDE, 2009a). Adicionalmente, la estructura de la COFEMER y el papel que ha venido desempeñando desde su creación en 2010, muestra que resulta exitoso centralizar en un solo órgano la dirección de la política regulatoria y el control de calidad de los AIR.

Así las cosas, para el caso de Colombia se considera que debe establecerse una entidad como tal y no un mero comité integrado por representantes de otras entidades, pues a nuestro parecer, la política regulatoria no es un tema coyuntural o momentáneo, sino que

⁴⁷ La OCDE (2014a) recomienda para Colombia establecer un mecanismo institucional en el centro del gobierno para impulsar la calidad regulatoria, a través de un órgano de supervisión encargado de la mejora regulatoria. Dicho órgano debería “*contribuir a la mejora sistemática de la aplicación de la política regulatoria y establecer criterios claros a fin de examinar el potencial para regular, en áreas donde probablemente se necesiten reglas*”. Así mismo, considera que debe brindar capacitación y orientación en el uso de herramientas regulatorias y estrategias para mejorar el desempeño de la regulación.

es un aspecto de gran relevancia que debe estar presente de manera permanente en el ordenamiento jurídico y por tanto, debe ser conducido por un órgano permanente y debidamente constituido con capacidad financiera y operativa propia.

En consecuencia, se propone que se cree un órgano administrativo, con autonomía técnica y operativa, que pertenezca a la Rama Ejecutiva del poder público y que dependa directamente de la Presidencia de la República⁴⁸. Debe tratarse de un órgano de carácter técnico que impulse la política regulatoria planteando las directrices que deben seguir los demás órganos del Ejecutivo de acuerdo a la visión estratégica que se plantee desde la Presidencia en materia regulatoria. Adicionalmente, es claro que dicho órgano debe contar con la idoneidad suficiente no solo para realizar el control de calidad de los proyectos y los AIR, sino para realizar el acompañamiento a las entidades que deban realizarlo, así como para dictar las guías que deben regir la metodología.

El carácter técnico del organismo, implica además que esté libre de injerencias políticas. Esto nos lleva a otra característica que debe tener dicho órgano y es la independencia, pues si bien dependería estructuralmente de la Presidencia de la República, resulta fundamental que mantenga su independencia del Gobierno en la toma de decisiones principalmente frente a los Análisis de Impacto Normativo, para efectos de que la metodología se rija por parámetros técnicos de aplicación y no este supeditada a los intereses políticos del gobernante de turno.

Lo anterior implica que aspectos como qué entidades están obligadas a realizar un AIR, para qué tipos de proyectos normativos o regulatorios aplica y cuál es la ruta de análisis que hace el órgano competente al proyecto y al AIR, estén debidamente definidos

⁴⁸ Respecto a dónde debería estar ubicado este órgano de supervisión, señala la OCDE (2014a), que debe tenerse en cuenta la organización previa del aparato estatal y que *“la fórmula correcta para una supervisión exitosa tiene que ver con el diseño y la función del órgano y sus relaciones con otras instituciones”*. Como quiera que la determinación de donde ubicar dicho órgano implica *“el equilibrio entre el deseo de conceder autonomía, para que la unidad pueda funcionar efectivamente, y la preservación de credibilidad a través del acceso a quienes son clave en la toma de decisiones, la rendición de cuentas a nivel político y la relevancia en la maquinaria del gobierno”*. Y añade que *“el papel de “regular a los reguladores” es sobre todo una función de la rama Ejecutiva, que debe situarse cerca del núcleo del proceso de toma de decisiones del gobierno.”*

bajo criterios objetivos, aplicables de manera general y no dependen de la discrecionalidad del gobierno, so pena de que se desnaturalice la herramienta.

De otro lado, frente a la estructura interna de la entidad, se considera conveniente que partiendo de un Director General, se organicen las funciones por grupos o coordinaciones en atención a los diferentes temas que hacen parte de la política regulatoria. Así las cosas, debe incluirse una Oficina de Análisis de Impacto Normativo, que se encargue de analizar y dictaminar las regulaciones que se pretendan emitir con el fin de garantizar que los beneficios sociales sean mayores a los costos, lo anterior con base en el estudio del proyecto regulatorio y su AIN.

Dicha oficina debe estar dividida en grupos, en atención a los sectores económicos del país tales como energético, telecomunicaciones, transporte, salud, medio ambiente, financiero, comercial, seguridad nacional, entre otros, que revisen los AIN y se articulen con las diferentes entidades administrativas de cada sector. Adicionalmente, dentro de esta Oficina, deberá existir una división que se encargue de realizar un seguimiento estadístico sobre el cumplimiento de la metodología y fijar las guías y parámetros a seguir por parte de los órganos de la administración

Entre otras de las oficinas o coordinaciones que consideramos tendrán que establecerse dentro de la estructura de la entidad, se encuentra una que se encargue de revisar el marco regulatorio nacional, haga estudios sectoriales y establezca políticas y programas de mejora regulatoria en general. Así mismo, otras administren y gestionen el Sistema Único de Información Normativa – SUIN, y el Sistema Único de Información de Trámites (SUIT).

Estos son solo algunos parámetros que debería tener en cuenta el Gobierno Colombiano al momento de estructurar la institucionalidad necesaria para la implementación puesta en marcha de una política regulatoria articulada y del uso sistemático de AIR en el ordenamiento jurídico.

4.2.2. **Ámbito de Aplicación**

Luego de plantear los parámetros básicos sobre los cuales debería edificarse la estructura institucional para la implementación del AIR, es procedente establecer el ámbito de aplicación de la metodología, desde el punto de vista de las normas o regulaciones a las que se aplica, así como desde el punto de vista de las entidades que estarían obligadas a acompañar sus proyectos de un análisis de impacto regulatorio. Evidentemente estos dos aspectos están íntimamente ligados como quiera que al establecer a qué tipo de normas se aplica la metodología, se definirá que entidades son sujetos pasivos de la misma.

El ámbito de aplicación varía en los diferentes ordenamientos jurídicos, en la mayor parte de ellos, se incluyen únicamente las normas o regulaciones que provienen de las entidades de la Rama Ejecutiva, y son pocos los países que incluyen los proyectos que emanan de la rama legislativa.

En **México** por ejemplo según lo establecido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en su artículo 69 H que remite al artículo 4°, la manifestación de impacto regulatorio debe realizarse para los decretos legislativos y los actos, elaborados por las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública general: *reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, instructivos, directivas, reglas, manuales.*

Por su parte, en **Chile** como ya se mencionó, según lo dispuesto por el Decreto 80 de 2010 que reglamentó la Ley 20.416, el procedimiento del AIR se aplica a los decretos supremos, reglamentos e instrucciones que se propongan dictar en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República; Las resoluciones, ordenes, circulares y acuerdos que se propongan dictar los organismos de la administración del Estado; y cualquier otra norma jurídica que revista alcance general, que se propongan dictar los

organismos señalados en el artículo 3⁴⁹ del presente reglamento, que puedan afectar a las Empresas de Menor Tamaño⁵⁰.

Como se observa en estos dos ordenamientos se excluyen los proyectos de ley que provienen del órgano legislativo. Por el contrario, en otros países como Australia e Irlanda, se incluye dentro de la metodología la legislación primaria o aquella que proviene de la rama ejecutiva del poder público.

En el caso de **Australia**, debe elaborarse un RIS para los proyectos de ley que provengan del Parlamento, así como para aquellos que provengan de las diferentes agencias del gobierno⁵¹, lo que se conoce como legislación subordinada. Adicionalmente, la metodología también aplica a los tratados y a la actividad de co-regulación y cuasi-regulación. (OMC 2001).

Por tu parte, en **Irlanda** cuando se propone un proyecto de ley (Legislación primaria), este debe ir acompañado de un AIR. El proyecto y el AIR son consignados en un “Memorando” que debe llevarse al Gobierno para su aprobación. Ambos documentos deben ser publicados para conocimiento de los interesados y para surtir el proceso de consulta. (Gobierno Irlandés, 2009).

Como se observa, en estos dos ordenamientos el uso sistemático del AIR ha llegado hasta la legislación primaria, lo que demuestra un avance importante en el tema de mejora regulatoria, pues claramente todas las normas sin importar del órgano de que provengan

⁴⁹“los Ministerios, Subsecretarías y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, a que se refiere el Párrafo 1º del Título II D.F.L. N° 1/19.653”

⁵⁰ Recordemos que en Chile la metodología AIR tiene un alcance limitado pues solo aplica para aquellos proyectos normativos o regulatorios que puedan tener incidencia en las empresas de menor tamaño de acuerdo a los criterios establecidos por la Ley 20.416 y su decreto reglamentario 80 de 2010.

⁵¹ La Guía Regulatoria publicada en 2014 por el Gobierno Australiano indica: Por cada tipo de decisión política debe realizarse un RIS si su organización es: Departamento gubernamental, Autoridad estatutaria, Junta (incluso si no tiene independencia estatutaria) y entidad pública que opere bajo la Ley de Gobernanza Pública, Rendimiento y Responsabilidad de 2013.

deberían tener un cuidadoso proceso de elaboración para evitar que se generen resultados no queridos o que vayan en contravía de los objetivos iniciales de la misma. El idea es que las normas del legislativo también estén blindadas por un proceso de elaboración que tenga en cuenta los posibles impactos que puede generar y que haya se hayan considerados los costos y beneficios de la legislación.

El hecho de no realizar ningún estudio de impacto a la legislación primaria resulta inconveniente por varias razones, en primer lugar un gran porcentaje de las normas son proferidas por el Congreso, por lo que se estaría dejando por fuera una parte importante de la regulación, lo que generaría la existencia de normas que pueden resultar inconvenientes e ineficientes en términos de costo – beneficio. De otro lado, el hecho de tener dicho vacío, puede generar que los órganos administrativos obligados a realizar un AIR, busquen evadir dicha obligación convenciendo a los legisladores de que presenten un proyecto de ley con las disposiciones reglamentarias, que realmente son iniciativa del legislador secundario.

Así mismo, y particularmente en el caso colombiano, es necesario señalar que al ser el congreso un organismo elegido popularmente, y en consecuencia con un alto contenido político, muchos de los proyectos de ley se estructuran con base en compromisos políticos y para favorecer, en algunos casos algún sector específico de potenciales electores. Lo anterior implica que en la mayoría de los eventos, la regulación no responde a consideraciones tales como cuál es la opción más eficiente y adecuada en términos de costo beneficio, o cual tiene menor impacto económico, ambiental, o de otro tipo, sino que responde a los factores mencionados, lo cual puede genera costos regulatorios muy altos. Adicionalmente, el hecho de ser un organismo de elección popular implica que muchos de sus miembros no poseen la formación necesaria para abordar ciertos temas técnicos propios de cada sector, pues recordemos que para ser senador o representante a la cámara no se exige ningún tipo de formación técnica o profesional. Las anteriores situaciones, podría soslayarse si quiera parcialmente, si se exigiera al menos para los proyectos con alto impacto regulatorio, la elaboración de un AIR que revisara la autoridad regulatoria.

No obstante lo anterior, y pese a las recomendaciones de la OCDE, sobre la necesidad de incluir en el sistema AIR, la legislación primaria, en Colombia según lo dispone el Conpes 3816 de 2014, el AIR se aplicaría únicamente a las *entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional con iniciativa legislativa, potestad reglamentaria y función regulatoria*. La percepción que se tiene frente a esta decisión, es que la misma está fundada en consideraciones meramente políticas, como quiera que no se encuentran razones de otro orden que sirva para explicarla. Tal vez entiende el gobierno nacional que exigir la elaboración de una evaluación de impacto regulatorio para los proyectos de iniciativa del congreso, la cual además revisaría y avalaría un órgano del ejecutivo, podría constituir una intromisión excesiva a la labor de la rama legislativa. Intromisión que por cierto difícilmente aceptaría nuestro Congreso.

Sin embargo, se espera que a medida que avance el proceso de implementación y desarrollo de la metodología, se plantee la posibilidad de ampliar el uso del AIR al proceso de creación de las leyes que provienen del Congreso de la República. Esto no es solo implicaría un beneficio para la sociedad en general sino que legitimaría la función de los parlamentarios o congresistas, y contribuiría a tecnificar y despolitizar el proceso de creación de las leyes tantas veces cuestionado por la opinión pública y los medios de comunicación.⁵²

De otro lado, además de los criterios de tipo de norma y entidad emisora para definir el ámbito de aplicación del AIR, también existen otros criterios para delimitar el mismo, con el fin de optimizar los recursos que se invierten en el sistema AIR. Es decir, en ciertos ordenamientos se fijan algunos parámetros para establecer en que eventos es necesario realizar un AIR y en cuáles no, o se plantean niveles de análisis unos más

⁵² Frente al tema de la importancia de incluir a la rama legislativa en el proceso de mejora regulatoria en general la OCDE (2014a) ha señalado: “El Legislativo, al tener la responsabilidad de aprobar leyes, juega un papel fundamental para lograr la calidad regulatoria. El Congreso de Colombia establece Comisiones que podrían realizar evaluaciones *ex post* de determinadas leyes. Sin embargo, el Legislativo no emplea los diferentes procesos y herramientas que podrían mejorar su papel como promotor de la calidad regulatoria. (...) Aun cuando la evaluación regulatoria no es una práctica estandarizada ni sistemática en la rama Ejecutiva, el Legislativo puede sumar sus esfuerzos a los de la administración. Si bien es cierto que no muchas instituciones parlamentarias en países de la OCDE han adoptado formalmente herramientas para la calidad regulatoria, existen buenas prácticas de evaluación regulatoria en la Asamblea Federal de Suiza, el *Riksdag* de Suecia, la Asamblea Nacional de Francia y la Cámara de Diputados de Chile, entre otros.”

riguroso que otros dependiente del tipo de proyecto regulatorio de que se trate, todo ello con el fin de que los costos de hacer un AIR no superen los beneficios que se obtienen.

Esto es lo que la OCDE ha denominado, en varios de sus documentos, “Focalizar los esfuerzos del AIR”. En 1997 al definir las mejores prácticas de RIA, estableció “Dirigir los esfuerzos hacia la regulación con mayor impacto” (OCDE, 1997a) y al desarrollar estas buenas prácticas en un documento publicado en 2005, indicó que los responsables políticos deberían centrar los recursos del AIR hacia propuestas que se espera que tengan el mayor impacto en la sociedad, como quiera, que si bien el AIR debería aplicarse a todos los requerimientos regulatorios significativos, la capacidad analítica es un recurso escaso que debe ser asignado usando alguna regla de la razón. (OCDE, 2005).

Dicha recomendación la hizo la OCDE a Colombia en el documento sobre la política regulatoria publicado en 2014, que se ha venido mencionando a lo largo de este trabajo, como parte del *Plan de trabajo para implementar el AIR*, estableciendo que al representar el AIR un proceso difícil que a menudo afronta la oposición de funcionarios que no están familiarizados con la revisión externa o que tienen restricciones de tiempo y dinero, y al ser una tarea que requiere un uso intensivo de los recursos por parte de los redactores de las regulaciones. Lo recomendable es que se adopten criterios para focalizar el AIR a las regulaciones de mayor impacto, tal como lo han hecho varios países de la OCDE, a fin de que las unidades centrales de supervisión no se vean abrumadas por una gran cantidad de AIR relativos a regulaciones triviales o de bajo impacto, que no merecen la inversión de recursos del sistema.

Así las cosas, es pertinente conocer un poco sobre los criterios que han usado algunos países para focalizar los esfuerzos del AIR. En **Estados Unidos** por ejemplo, el criterio que se ha fijado para saber cuándo debe realizarse un AIR y cuando no, ha sido, si una medida regulatoria se considera “económicamente importante”, esto es, si se espera que represente costos anuales que excedan USD 100 millones; si es probable que imponga un aumento considerable en los costos de un sector o región específicos; o si tiene efectos

adversos importantes en la competencia, el empleo, la inversión, la productividad o la innovación. (OCDE, 2014 a)

En **México** tal como se vio en el capítulo segundo de este trabajo, el anteproyecto regulatorio deberá ir acompañado de un AIR, siempre que el mismo tenga “costos de cumplimiento para los particulares”⁵³, y se considera que esto es así cuando: crea nuevas obligaciones para los particulares o hace más estrictas las obligaciones existentes; Crea o modifica trámites (excepto cuando la modificación simplifica y facilita el cumplimiento del particular); Reduce o restringe derechos o prestaciones para los particulares. Establece definiciones, clasificaciones, caracterizaciones o cualquier otro término de referencia, que conjuntamente con otra disposición en vigor o con una disposición futura, afecten o puedan afectar los derechos, obligaciones, prestaciones o trámites de los particulares. (COFEMER, 2010).

Adicionalmente, en el Ordenamiento Mexicano, se plantea otra estrategia para focalizar los esfuerzos del AIR, es decir, entre los proyectos que superen el filtro anterior, se hace otra diferenciación, aquellos que tienen alto impacto y aquellos que tienen un impacto medio, de acuerdo con el resultado que arroje la calculadora de impacto de la regulación⁵⁴. Dicha diferencia busca agilizar el análisis de los anteproyectos que se consideren de impacto moderado y de fortalecer el análisis de los anteproyectos que se consideren de alto impacto. (COFEMER, 2010)

Por su parte, en **Corea** para focalizar el AIR, se determinó desde abril de 2004, que se maneja el criterio de el Comité de Reforma Regulatoria (CRR) orientaría su revisión de AIR hacia quienes trabajan con “regulaciones centrales”, mientras que los AIR realizados sobre otras regulaciones estarían sujetos a revisión por parte del Comité Interno de Reforma Regulatoria (CIRR) del ministerio pertinente. Los criterios para establecer que es una “regulación central” son los siguientes: Tienen más de 10 mil millones de won de costo

⁵³ Artículo 69 H – LFPA: “(...) Se podrá eximir la obligación de elaborar la manifestación cuando el anteproyecto no implique costos de cumplimiento para los particulares.”

⁵⁴ Herramienta informática que permite determinar el impacto potencial de los anteproyectos sometidos a consideración de la COFEMER.

anual de impacto regulatorio; Afectan a más de un millón de personas reguladas; Explícitamente restringen la competencia; Son excesivas o irrazonables en vista de los estándares internacionales; o por decisión del CRR ante una regulación polémica entre ministerios o actores interesados, o por considerar que tiene implicaciones sociales y económicas importantes. (OCDE, 2007a)

Frente a este tema de focalizar esfuerzos, en el Conpes que sienta las primeras bases para la implementación del AIR en Colombia, se hace una ligera referencia cuando se menciona que en la segunda etapa de implementación, el uso del AIN será obligatorio para las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional con iniciativa legislativa, potestad reglamentaria y función regulatoria, y se añade “*de acuerdo a los criterios de necesidad, impacto económico, impacto ambiental, impacto social, población afectada, entre otros que se definan*”, esta frase pareciera indicar, que de acuerdo a las recomendaciones de la OCDE, está previsto plantear criterios que permitan focalizar los esfuerzos de la herramienta.

La pregunta que surge entonces, es qué tipo de criterios podrían fijarse en el caso Colombiano. De acuerdo a la experiencia de otros países que ya hemos visto, uno de ellos podría ser, fijar un valor mínimo de costos anuales que se espera tenga la regulación, es decir, si los costos anuales exceden de cierto valor, el proyecto regulatorio deberá acompañarse de un AIR. Otra opción, puede ser implementar una herramienta similar a la calculadora de impacto del sistema mexicano, la cual permite a través de una serie de preguntas relacionadas con el proyecto regulatorio determinar el nivel de impacto y a partir de allí, decidir si el mismo amerita un AIR.

Las cuestiones que deberían incluirse en una herramienta como la señalada, serían aquellas que indaguen sobre aspectos como: número de consumidores o usuarios del producto o servicio que se verán afectados o beneficiados por la regulación; frecuencia con que se consume o utiliza el producto o servicio afectado por la regulación, o en caso de que no se trata de un bien o servicio; incidencia del problema que atiende la regulación, cuales son los sectores económicos que se impactarán con la norma; si la norma impone trámites

adicionales a las empresas o los consumidores; qué procesos económicos están relacionados con la regulación (importaciones, exportaciones, temas tributarios, mercado laboral, TIC, inversión extranjera, etc); se restringe la competencia, entre otros.

Bajo estos parámetros el Gobierno debería establecer los criterios para establecer qué proyectos ameritan ser objeto de una evaluación de impacto y cuáles no, a fin de optimizar recursos del sistema AIR.

Finalmente, frente al ámbito de aplicación se plantea la pregunta si el AIR debe aplicarse solo a las nuevas regulaciones o podría aplicarse a las ya existentes. Al respecto debe decirse que si bien en principio el objetivo de un análisis de impacto es realizar una evaluación *ex ante* de los posibles impactos de una futura regulación, esta metodología también puede ser usada para evaluar la regulación ya existente a fin de mejorarla y minimizar los impactos negativos que la misma pueda estar teniendo en los diferentes agentes, en otras palabras ayuda a reducir el riesgo de que se presenten fallas regulatorias.

Adicionalmente, la evaluación *ex post*, puede ser un insumo importante para definir futuras intervenciones y mejorar la calidad de las nuevas regulaciones, como quiera que permite avizorar las consecuencias no buscadas que no habían sido evaluadas de forma adecuada en el pasado y además contribuye a mejorar la transparencia, generando nuevas oportunidades para la participación de los interesados con el fin de conocer cómo se han visto afectados por la regulación. Finalmente la evaluación *ex post*, puede contribuir a que exista una mayor rendición de cuentas en el proceso regulatorio⁵⁵. En consecuencia, lo ideal es que el AIR se aplique tanto a las nuevas regulaciones, como a las ya existentes, como parte de una política de mejora regulatoria integral.

⁵⁵ Al respecto, la OCDE (2014a) señala que el AIR es tan útil para revisar la regulación existente como lo es para evaluar nuevas medidas regulatorias propuestas y considera que la revisión de las regulaciones existentes implica menos problemas de datos, por lo que la calidad del análisis resultante puede ser mejor. Adicionalmente, la evaluación *ex post* permite determinar si el marco regulatorio vigente ha cumplido con los objetivos buscados, y si la regulación ha sido eficiente y eficaz, y si de no ser así, permite tomar los correctivos del caso. (OCDE, 2012)

En Colombia, contamos con un antecedente de evaluación ex post de la regulación, esto es, el que realizan las Comisiones de Regulación cada tres años, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2696 de 2004. No obstante, es fundamental que esta se coordine con la metodología del AIR que finalmente defina el gobierno nacional y se incluya en la política de mejora regulatoria, a fin de que se unifiquen los criterios de evaluación y las mismas estén sujetas a la revisión del órgano que lidere la política regulatoria descrito en precedencia.

Adicionalmente, para integrar de manera general el análisis de impacto regulatorio ex post en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario primero establecer con claridad cuál es la normatividad vigente en cada sector, tarea que ya viene adelantándose por parte de la Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, quien se encuentra culminando el proceso de elaboración de los decretos compilatorios para cada sector.

Dicha pretensión se había planteado desde la Directiva Presidencial 01 de 2005, que contemplaba la expedición de Decretos Únicos Compilatorios de carácter reglamentario, sin embargo, hasta ahora se está culminando el proceso y los proyectos de decretos se encuentran en etapa de publicación en la paga web de cada Ministerio.

Es pertinente mencionar brevemente parte de los considerandos de estos decretos para observar que los mismos están inmersos en el proceso de mejora regulatoria que lidera el gobierno nacional:

“Que la producción normativa ocupa un espacio central en la implementación de políticas públicas, siendo el medio a través del cual se estructuran los instrumentos jurídicos que materializan en gran parte las decisiones del Estado.

Que la racionalización y simplificación del ordenamiento jurídico es una de las principales herramientas para asegurar la eficiencia económica y social del sistema legal y para afianzar la seguridad jurídica.

Que constituye una política pública gubernamental la simplificación y compilación orgánica del sistema nacional regulatorio.

Que conforme a la Constitución Política, el Presidente de la República puede ejercer la facultad compilatoria en el ámbito del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política...

Que el ejercicio de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario, exige, en algunos casos, la actualización de la normativa compilada para que se ajuste a la realidad institucional y normativa vigente, lo cual implica, en aspectos puntuales, ejercicio de la facultad reglamentaria.”

Así las cosas, teniendo claro que normas están vigentes para cada sector, se considera conveniente que se iniciara un plan piloto con dos o tres sectores para realizar la evaluación de impacto ex post, tal como se está haciendo actualmente con la evaluación ex ante, y que a futuro las evaluaciones que deban realizarse para cada sector fueras supervisadas por el órgano que presidirá la política regulatoria.

4.2.3. Efectos Jurídicos del no cumplimiento del AIR

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de la metodología, resulta necesario analizar el tema de los efectos del no cumplimiento del AIR, es decir, qué pasa cuando durante el trámite de un proyecto regulatorio se omite la evaluación de impacto, pese a que la ley, de acuerdo a los criterios establecidos, había definido que dicha evaluación debía realizarse.

La definición de este aspecto resulta fundamental en la estructuración de la herramienta, pues incidirá en la seriedad con que se aplique, toda vez que si no existen consecuencia claras por su inobservancia, es probable que las autoridades que deberían aplicarla, tiendan a no hacerlo, pues desarrollar un AIR devenga tiempo y recursos, que podrían utilizarse en otras labores. Lo anterior, se agrava si además, no se han interiorizado los beneficios de la herramienta, es decir, si no existe una conciencia sobre las ventajas, para efectos de mejora regulatoria, de aplicar el AIR de manera sistemática.

Los efectos jurídicos de la inobservancia del AIR, varían en los ordenamientos jurídicos que hemos venido analizando, por ejemplo en **Chile**, el artículo quinto de la Ley

20.416, que consagra la evaluación de impacto en los términos que ya mencionamos en el capítulo segundo de este trabajo, señala en su último inciso: *“Con todo, el incumplimiento de las obligaciones referidas en los incisos precedentes no afectará en caso alguno la validez del acto.”* Se considera que esta disposición le resta eficacia a la herramienta, pues no prevé ninguna consecuencia jurídica por su incumplimiento, lo que puede generar que no existan incentivos suficientes para que los reguladores la apliquen.

Por su parte, en **México** si bien no se establece expresamente en ninguna norma, cuál es el efecto jurídico de incumplir con la MIR, analizadas las disposiciones legales que regulan la materia, así como el Manual de la MIR, se puede concluir que el procedimiento es obligatorio, salvo las excepciones que la misma ley consagra y que son verificadas por COFEMER, cuando estas son invocadas, Adicionalmente, cuando existe diferencias entre la COFEMER y la entidad promotora del proyecto regulatorio sobre la obligatoriedad de la MIR, la ley prevé que la decisión la tome un comité integrado por un representante de la Consejería, Jurídica del Ejecutivo Federal, un representante de la Comisión y un representante de la dependencia u organismo descentralizado involucrado. Así las cosas, la entidad respectiva no puede simplemente sustraerse del cumplimiento de la MIR, ya que su no presentación debe estar avalada ya sea por la COFEMER o por el mencionado Comité, so pena de que el proyecto no pueda convertirse en norma.

De otro lado, en **Australia** se prevé que el RIS es obligatorio para todos proyectos que deban ir al Consejo de Ministros, incluso si el promotor del mismo considera que este no tendrá un impacto sobre las empresas, organizaciones comunitarias o individuos. Así las cosas, el Consejo de Ministros tiene que ser informado del impacto regulatorio de cualquier decisión que se le está pidiendo que tome. Si una decisión no va al Consejo de Ministros, el RIS sigue siendo obligatorio si es probable que la regulación tenga un impacto medible en negocios, organizaciones comunitarias o individuo. Finalmente, el Gobierno Australiano recomienda que aunque la RIS no sea obligatoria, se considera una buena práctica que debería realizarse siempre. (Government, 2015) Esta última disposición, deja ver que además de plantearse la obligatoriedad de la herramienta, se busca incentivar a los

reguladores a tener buenas prácticas, las cuales parecen estar inmersas en la cultura regulatoria.

Para concluir, se considera que al momento de establecer los parámetros de implementación del análisis de impacto regulatorio, deben generarse los incentivos correctos para que su uso sistemático sea una realidad. Dichos incentivos se pueden generar de dos maneras, la primera creando una cultura de buenas prácticas regulatorias, es decir generando conciencia sobre las ventajas de la herramienta, capacitando a los reguladores, etc., lo cual sin embargo es muy difícil de materializar. La otra forma de generar incentivos, es estableciendo una consecuencia jurídica por su no aplicación, ya sea la invalidez de la regulación o simplemente que misma no pueda proferirse. Es probable que en una etapa temprana de implementación de la metodología, la segunda opción sea la más adecuada, para promover la aplicación, pues la concientización de los reguladores puede ser un proceso más demorado.

Al respecto la OCDE (2014a, pág. 102) señaló:

“La integración es un proceso a largo plazo, que a menudo implica cambios culturales importantes en los ministerios reguladores. La temprana integración del AIR al proceso de política pública podría requerir incentivos más convincentes y posibles sanciones por incumplimiento. Aún más importante, podría requerir que los diseñadores de políticas públicas se convenzan del valor agregado del AIR y lo exijan en consecuencia.”

Así las cosas, siempre que se hayan definido los criterios objetivos para determinar cuándo un proyecto regulatorio o normativo debe ir precedido de una evaluación de impacto, el cumplimiento de la metodología debería ser obligatorio y la consecuencia de su incumplimiento tendría que ser o que la norma no puede proferirse, o que se genere una sanción, esto para efectos de que el sistema sea creíble y conduzca a lograr los objetivos que son contribuir a la mejora regulatoria y a que las normas o regulaciones cumplan con parámetros mínimos de calidad.

No obstante, para el caso Colombiano nos permitimos sugerir una opción intermedia entre los incentivos blandos y los incentivos coercitivos. Consideramos en primer término establecer un procedimiento que permita una interacción permanente entre el órgano de mejora regulatoria y las entidades con facultad normativa, con el fin de que durante el proceso de evaluación del AIR y del proyecto regulatorio se permitan las aclaraciones y modificaciones del caso por parte de la entidad emisora y en el evento de que hayan desacuerdos entre esta y el órgano central, existan mecanismos de mediación para llegar a un consenso sobre temas como si el AIR se ajusta a las guías de elaboración, si el proyecto normativo es conveniente o no en termino de costo - beneficio, si el proyecto se enmarca dentro de aquellos que debe estar precedido por un AIR o no, etc.

Posteriormente, si no se logra el consenso sobre algunos de los aspectos mencionados, y la entidad emisora se aparta del concepto emitido por el órgano de mejora regulatoria, es necesario que se dicha decisión sea sustentada y motivada. Esta opción resulta a similar al caso de la abogacía de la competencia que se mencionó en el capítulo anterior, donde si la entidad se aparta del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, debe motivar dicha decisión. Esta motivación implica que la entidad no se va a apartar del concepto del órgano central por simple capricho, o para ahorrarse un trámite, pues sustentar que no se comparte la opinión del órgano técnico y especializado en el tema regulatorio, no es tarea fácil, y además se genera un efecto de tipo psicológico, por cuanto algunas entidades no estarán dispuestas a correr el riesgo de que a futuro, por ejemplo, la norma emitida efectivamente resulte inconveniente, como lo había advertido el órgano de mejora regulatoria, generándose posibles las responsabilidades disciplinarias o fiscales.

4.2.4. Tipo de Análisis

Finalmente, otro aspecto que deberá definirse al momento de implementar la evaluación de impacto regulatorio en el ordenamiento jurídico colombiano, es qué tipo de análisis se usará para evaluar las diferentes alternativas regulatorias a efectos de definir cuál es la más conveniente para atender el problema que justifica la intervención del regulador. La OCDE (2014A) recomienda utilizar un método analítico coherente pero flexible, y

considera que para ello, se debe partir de la premisa de que las regulaciones deberían “*generar beneficios que justifiquen los costos, considerando los efectos distributivos en la sociedad*”. Así las cosas, entiende que un análisis de costo-beneficio es el método más adecuado para considerar los impactos regulatorios, toda vez que se orienta a la construcción de políticas públicas que cumplan el criterio de aumentar al máximo el bienestar.

En el ámbito de las políticas públicas un análisis costo – beneficio, se utiliza para definir la opción más adecuada entre dos o más alternativas disponibles. Así las cosas, este tipo de análisis tiene como fin que los recursos que utiliza el Estado para desarrollar sus políticas públicas sean asignados de la mejor manera.⁵⁶

El Departamento Nacional de Planeación (2012), señala que:

“el análisis costo-beneficio permite cuantificar –en términos monetarios- tanto los costos como los beneficios posibles de un programa, incluyendo ítems para los cuales el mercado no tiene medidas de valor económico. Adicionalmente, permite comparar los costos de medidas alternativas que produzcan resultados o que cumplan objetivos similares”.

Este tipo de análisis es utilizado por varios ordenamientos jurídicos como parte de su política regulatoria. En Estados Unidos, el ACB es pieza fundamental del sistema regulatorio, y desde 1981 en virtud de la orden dada por el presidente Ronald Reagan (Orden Ejecutiva 12.291), todas la agencias ejecutivas están obligadas a realizar análisis costo – beneficio antes de adoptan una nueva regulación. La orden mencionada, dispuso además que OIRA sería la encargada de revisar todas las regulaciones propuestas, con el fin de asegurar que se cumplieran las disposiciones de dicha Orden. Solamente las regulaciones que aprobaran el test de costo-beneficio serían aceptadas por la OIRA, salvo

⁵⁶ “El principal propósito del ACB es ayudar a la toma de decisiones sociales. De manera más específica, el objetivo es facilitar la mayor eficiencia asignativa de los recursos de la sociedad... Donde los mercados fallan hay una justificación en primera instancia para la intervención del Estado. Pero no es más que eso. Uno debe ser capaz de demostrar la superior eficiencia de una particular intervención en comparación con las otras alternativas, incluyendo el statu quo. Para este propósito, usamos el ACB.” Boardman, Anthony et al (1996).

en los casos en que la ley le prohíba a una agencia aplicar el análisis costo-beneficio. (Livermore, 2010.) Cass Sustein, Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) de la OMB en Estado Unidos, señaló en su momento que el propósito del análisis costo-beneficio es institucionalizar la práctica de “piensa antes de actuar” con respecto a las políticas del medio ambiente, de salud pública y de salud ocupacional⁵⁷.

Por su parte, en Australia, tal como se indica en la página web de la Office of Best Practice Regulation (OBPR), *“El Gobierno está comprometido con el uso de análisis de costo-beneficio (ACB) para evaluar las propuestas de reglamentación con el fin de fomentar una mejor toma de decisiones.”* En el año 2014 la OBPR, publicó la última nota de orientación sobre el uso del ACB en la que señaló que el uso del análisis de costo-beneficio para evaluar las propuestas de regulación es una herramienta importante para una mejor toma de decisiones ya que proporciona al tomador de la decisión final, la mayor cantidad de información acerca de una propuesta de reglamentación. Igualmente, señala que un ACB implica una evaluación sistemática de los impactos de una propuesta de reglamentación, lo que representa para todos los efectos en la comunidad y la economía, no sólo los efectos inmediatos o directos, efectos financieros o efectos en un grupo. Así mismo, indica que proporciona un marco objetivo para determinar los diferentes impactos de la regulación, ya que permite cuantificarlos en términos monetarios, aun cuando estos no tengan contenido económico. (Office of Best Practice Regulation, 2014)

En Colombia, la OCDE (2014a), reconoció que existían algunos esfuerzos por parte de la Administración para implementar el AIR, más sin embargo no existía un único enfoque, y que no se profundizaba en el análisis de costos y beneficios ya que se limita a definir la necesidad de intervención (caso del Decreto 1345 de 2010). Adicionalmente, señala esta organización que sólo la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) lleva a cabo un análisis de costo-beneficio, mientras que otras comisiones de regulación utilizan otras metodologías de evaluación ex ante, por ejemplo la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se basa en principios de buena gobernanza, como proporcionalidad, focalización, congruencia, rendición de cuentas y transparencia. Por su

⁵⁷ Citado por LIVERMORE, M. (2010, pág. 24)

parte, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) examina la sostenibilidad, viabilidad y dinámica del sector; y posteriormente si acude a un análisis de costo-beneficio de los servicios de agua potable y saneamiento, para evaluar la calidad de la regulación que se propone. De otro lado, la Comisión de Regulación en Salud incorporó, en su análisis, una evaluación de la eficacia y la seguridad, del impacto económico e impacto financiero. (OCDE, 2014a)

Si bien los anteriores criterios de análisis son útiles para definir la conveniencia o no, de una regulación, lo ideal es que unifique el tipo de evaluación para que todas las entidades con facultad reguladora utilicen el análisis costo – beneficio, como parte de la metodología del AIR. La razón para elegir este tipo de análisis y no otro es porque el ACB presenta ventajas tales como:

- Brinda a los tomadores de decisiones información cuantitativa y cualitativa sobre los efectos probables de un reglamento, y les disuade de tomar decisiones basadas únicamente en los impactos en un único grupo dentro de la comunidad.
- Evalúa el impacto de las propuestas de regulación de una manera estándar, que promueve la comparabilidad, ayuda en la evaluación de las prioridades relativas y alienta la toma de decisiones coherentes.
- Capta los distintos vínculos entre la propuesta de reglamentación y otros sectores de la economía (por ejemplo, el aumento de la seguridad puede reducir los costos de atención de salud), para ayudar a los tomadores de decisiones a maximizar los beneficios netos para la sociedad.
- Ayuda a identificar soluciones rentables a los problemas mediante la identificación y medición de todos los gastos. (Office of Best Practice Regulation, 2014)
- “Permite cuantificar –en términos monetarios- tanto los costos como los beneficios posibles de un programa, incluyendo ítems para los cuales el mercado no tiene medidas de valor económico. Adicionalmente, permite comparar los costos de medidas alternativas que produzcan resultados o que cumplan objetivos similares.” (DNP, 2012)

Para finalizar, solo resta establecer cómo debería hacerse el análisis costo – beneficio de un proyecto regulatorio. Para ello contamos con un insumo importante en la guía metodológica para la evaluación de las políticas públicas que expidió el Departamento Nacional de Planeación en el año 2012, en la cual se incluye el ACB y se establece en que consiste la evaluación, cuál es su utilidad y qué pasos deben seguirse para llevarla a cabo⁵⁸. Dichos parámetros son similares a los que establecen guías publicadas en otros países como Australia (OBPR, 2014) y Estados Unidos (Circular A– 4. OMB), por tanto se considera conveniente que se aproveche la experiencia que tiene el DNP frente a este tipo de evaluación, al momento de integrarla en la metodología para realizar los AIR.

En los anteriores términos se entienden planteados los parámetros básicos para la implementación del AIR en Colombia a fin de que ha herramienta sea utilizada de manera sistemática, y se incorpore dentro de toda la política de mejora regulatoria que debe lleva a cabo el país no solo para atender los lineamientos fijados para la OCDE, sino para disfrutar los beneficios que económicos y sociales que trae consigo una adecuada regulación.

⁵⁸ El DNP (2012) señala que aunque no existe una fórmula única para realizar un análisis costo-beneficio, se sugiere seguir una secuencia de pasos estándar para tener coherencia y poder comparar entre un análisis y otro:

1. Identificar los objetivos del programa.
2. Definir otras alternativas.
3. Establecer el marco de referencia conceptual.
4. Estimar el valor económico de los costos y beneficios mediante una metodología.
5. Estimar el valor presente neto.
6. Estimar la relación costo-beneficio.
7. Estimar la rentabilidad.
8. Uso de los resultados

CONSIDERACIONES FINALES

Durante los últimos años Colombia viene realizando esfuerzos importantes tendientes a mejorar su imagen internacional, a lograr un desempeño económico más sólido, y a optimizar sus políticas públicas, producto de ello, ha buscado ingresar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y acoger gran parte de sus “buenas prácticas”. A su vez, dicha organización ha visto con buenos ojos la intención de nuestro país de hacer parte de la misma y ha reconocido los esfuerzos realizados en diferentes áreas, por lo que ha fijado rutas de acción a seguir, entre las que se encuentra la de formular una adecuada política regulatoria, que en su concepto, puede contribuir sustancialmente a mejorar el desempeño de la economía y el bienestar social.

Lo anterior implica que Colombia “...*debe desarrollar y promulgar una política regulatoria formal que sea explícita, obligatoria y congruente dentro del gobierno completo, estableciendo los procedimientos, las instituciones y las herramientas que se emplearán en aras de una regulación de calidad*”. (OCDE, 2014^a, pág. 23)

El propósito central de este trabajo ha sido estudiar uno de los elementos que hace parte de la política regulatoria, esto es, el “Análisis de Impacto Regulatorio - AIR”, como herramienta para mejorar la calidad de la nueva regulación, con el fin de establecer la importancia de implementarla en Colombia, y determinar cuál es el camino que debe seguirse para tal efecto, de cara a los compromisos adquiridos por nuestro país frente a la OCDE.

Para ello fue necesario conocer en qué consiste la herramienta, y cuál ha sido el desarrollo que la misma ha tenido dentro de la mencionada organización. Así las cosas, se pudo establecer que el AIR constituye un instrumento de la “buena regulación”, cuyo objetivo es mejorar la calidad de las regulaciones, a través de una evaluación de los posibles impactos (económicos, sociales, ambientales, sobre la competencia, entre otros) que puede tener cada una de las opciones regulatorias disponibles para atender un problema

que requiere la intervención Estatal, a fin de escoger, la que en términos de costo – beneficio resulte ser la más adecuada.

Adicionalmente, fue posible determinar que las ventajas del uso sistemático del AIR abarcan no sólo la mejora regulatoria y la calidad de la administración, sino que contribuyen a la eficacia económica, previendo el impacto que la regulación puede tener en los consumidores, en el nivel de competencia de un mercado, en las empresas, entre otros, a fin de tomar las decisiones que minimicen estos impactos y que optimicen los recursos disponibles.

Igualmente, con base en los presupuestos del Neoinstitucionalismo que indican que las instituciones, entendidas como “el conjunto de reglas que articulan y organizan las interacciones económicas, sociales y políticas entre los individuos y los grupos sociales” (Ayala, 2004, pag. 63), juegan un papel crucial en la dinámica y desarrollo de cualquier sistema económico y político, y pueden explicar el éxito o fracaso de un sistema socioeconómico, se logró establecer que contar con una herramienta como el Análisis de Impacto Regulatorio en el proceso normativo, puede contribuir a la creación de instituciones adecuadas que contribuyan al desarrollo económico y que eviten en parte conductas predatorias como la corrupción.

En otras palabras, es posible prever que la implementación del AIR en Colombia traerá muchos beneficios a diferentes niveles, siempre que su aplicación se dé de manera sistemática, coherente con las realidades del país y su organización, acompañada de un fuerte proceso de capacitación e interiorización de las bondades de la herramienta y con los incentivos necesarios (coactivos o no coactivos) para su uso.

Dentro de los beneficios que pueden generarse encontramos: mejorar la calidad de las normas que expide la Rama Ejecutiva del Orden Nacional; fortalecer la transparencia del proceso regulatorio y a su vez, la confianza de los ciudadanos en el mismo, gracias a las etapas de publicidad y consulta pública que incluye la herramienta, la cual adicionalmente brinda mayor información para la toma de la decisión; incrementar la efectividad de las

normas a fin de que están logren los objetivos propuestos; analizar con criterios técnicos los posibles impactos de las regulaciones, entre otros.

Así las cosas, conociendo lo que representaría para Colombia implementar el AIR, con las recomendaciones de la OCDE y gracias al estudio de la experiencia de otros países frente al uso de la metodología, fue posible extraer los elementos necesarios para plantear parámetros mínimos que deben tenerse en cuenta al momento de implementar la herramienta en Colombia, los cuales claramente se encuentran en construcción, como quiera que probablemente, deberán ser ajustados conforme avanza el proceso planteado por el gobierno nacional que está presupuestado para un periodo de 8 años aproximadamente.

Evidentemente, diseñar e implementar un sistema de análisis de impacto regulatorio no es una tarea fácil, es un proceso largo que deberá ajustarse de acuerdo a las necesidades y a las particularidades propias del ordenamiento jurídico colombiano⁵⁹, y además tendrá que tener en consideración la cultura jurídica⁶⁰ que reina en nuestro país, la cual desafortunadamente se caracteriza por contar con una cultura de la ilegalidad bastante arraigada, bajos índices de credibilidad en el sistema jurídico y por el uso sistemático del discurso legal (Latorre, 2014).

Teniendo presente esto, las evaluaciones de impacto irán mejorando a medida que se acumule la experiencia, pues se trata de un proceso dinámico que requerirá de un desarrollo continuo, el cual se irá nutriendo tanto de la experiencia nacional como de la de otros ordenamientos y de las recomendaciones que siga dando la OCDE. Así mismo, el proceso irá mejorando en la medida en que se interiorice la metodología y se genere un cambio cultural en la administración y la ciudadanía frente a la utilidad de la misma.

⁵⁹ La OCDE (2008) señala: “El AIR apoya el diseño y aplicación de políticas, **pero sólo puede alcanzar sus objetivos si está claramente enmarcada en las capacidades técnicas e institucionales específicas de cada país.**” (Negrilla fuera de texto)

⁶⁰ Por cultura jurídica se entiende “*las ideas, valores, actitudes y opiniones de las personas con respecto al derecho y al sistema jurídico.*” (Latorre, 2014)

Adicionalmente, es recomendable que el proceso de implementación, se realice de manera escalonada o por etapas, para efectos de ir evaluando los aciertos y desaciertos, y poder realizar los ajustes pertinentes, evitando realizar una implementación macro de un sistema con fallas. Por ello, se reconoce la importancia de los planes piloto que actualmente está llevando a cabo el Gobierno Nacional con algunas entidades de la Rama Ejecutiva.

De otro lado, el proceso requiere de un esfuerzo conjunto y de un compromiso serio por parte no solo del Gobierno Nacional sino de otros actores como el legislativo, los ciudadanos, la academia, entre otros, que pueden contribuir a la construcción de capacidades para llevar a cabo el AIR y a que la herramienta sea vista, no como un requisito más, sino como un instrumento que contribuye a mejorar la regulación con todos los beneficios que esto implica⁶¹. Así mismo, es necesario que exista claridad sobre los recursos que requiere la implementación de la metodología, no solo a nivel financiero, sino humano y contar con dichos recursos, teniendo presente que probablemente en los primeros años los costos será mayores que los beneficios, pero en el largo plazo, podrán obtenerse los frutos de una mejor regulación y de mejores instituciones

Igualmente, se requiere un adecuado diseño institucional que permita la coordinación necesaria entre el órgano que coordine el sistema del AIR y las agencias o entidades que estén obligadas a realizar las evaluaciones de impacto regulatorio de sus proyectos normativos, a fin de que el uso de la herramienta fluya y realmente se mejore el proceso de toma de decisiones. Lo anterior debe ir acompañado de un adecuado proceso de capacitación y formación que contribuya a que los reguladores a dominen las técnicas y metodologías particulares

⁶¹ “De hecho para tener un sistema de AIR fuerte y sostenible, se requiere que en él participen diferentes actores, no solo la administración pública. Grupos empresariales, centros de estudios, los medios, legisladores y académicos pueden desempeñar una función relevante. Por ejemplo, los grupos empresariales pueden recomendar la elaboración de los AIR de calidad para respaldar la consulta, vinculando estas dos herramientas y creando presión para que la administración las adopte como prácticas estándar. De igual manera, los legisladores podrían requerir un AIR para apoyar los debates de proyectos de leyes y enmiendas. Desarrollar una red como esta, de participantes activos en el proceso, requiere una campaña de sensibilización dirigida a grupos específicos que aclare de qué manera contribuirían al sistema y se beneficiarían con él.” (OCDE, 2014a)

De otro lado, respecto del ámbito de aplicación del AIR, es recomendable que se plantee un sistema, claro pero flexible, es decir que no se establezcan criterios tan estrictos que lleven a que cualquier proyecto regulatorio o normativo deba ser objeto de un AIR, pues como ya se vio, deben focalizarse los esfuerzos, pero que una vez definidos, estos sean respetados y no este inmersa la discrecionalidad del gobierno, es decir que sea éste quien decida bajo supuestos subjetivos cuando debe realizarse un AIR y cuando no.

Para finalizar debe reconocerse que la implementación del AIR en Colombia no es la cura de todos los males en materia regulatoria, pero si es un instrumento importante que debe hacer parte integrante de la política regulatoria que diseñe el Gobierno Nacional, y que puede contribuir a mejorar el proceso de toma de decisiones, involucrando a las partes interesadas que son los finalmente afectados por las mismas.

Por tanto, queda mucho camino por recorrer y este trabajo es solo un acercamiento inicial a la herramienta y a los parámetros básicos para su implementación en Colombia. De aquí en adelante, se espera que los temas de mejora regulatoria y análisis de impacto regulatorio, hagan parte de las agendas de los investigadores y expertos en política pública, quienes, con el fin de contribuir a la construcción de una política regulatoria eficiente y eficaz para Colombia, tienen el desafío de tratar de establecer ¿cómo lograr ser más disciplinados con la regulación en medio de una cultura jurídica indisciplinada como la nuestra?.

ANEXO 1.

MANUAL PARA LA ELABORACIÓN DE TEXTOS NORMATIVOS-PROYECTOS DE DECRETO Y RESOLUCIÓN

En primer lugar, el capítulo dos del anexo se denomina **ETAPA PREVIA** y contiene varias fases que deben cursarse, previo a la expedición de un decreto o resolución, con el objetivo de que se consiga la finalidad prevista.

La primera fase es la de “**Planeación**” que implica que *deben adoptarse previsiones que hagan de la redacción de las normas un ejercicio metódico y no simplemente el acto material de llenar una hoja de papel con unas palabras escogidas al azar*. Así las cosas, se consagra el siguiente cuestionario que debe llenarse antes de iniciar el proceso de elaboración de una norma:

1. *¿Cuál es la finalidad de la norma que se va a expedir? (Escoja UNA sola finalidad).*
2. *Identifique la problemática y el objetivo que persigue la emisión de la norma.*
3. *¿Existe alguna norma vigente que regule el mismo tema?*

Sí___(pase a la pregunta 4) No___(pase a la pregunta 6).
4. *Si ya existe una norma, explique por qué resulta insuficiente.*
5. *Si ya existe una norma que regule el mismo tema, especifique según sea el caso si el proyecto:*
 - a) *Deroga ___*
 - b) *Modifica ___*
 - c) *Sustituye ___*
 - d) *Es nuevo ___*

Si contesta a), b) o c), identifique la norma correspondiente, fecha de expedición y vigencia;

7. Indique la disposición(es) de orden constitucional o legal que otorga la competencia para expedir el Decreto o resolución; si no existe, no podrá seguir adelante con el trámite de elaboración del texto normativo.

La norma prevé que una vez resuelto el cuestionario, el resultado debe ponerse en conocimiento del jefe de la entidad para que autorice la iniciación del trámite de elaboración del proyecto de decreto o resolución. A partir de ello, se debe establecer un plan de trabajo para el efecto y se asignarán responsabilidades para cada una de las etapas que a continuación se mencionan.

La segunda fase se llama “**Definiciones Previas**”, y contiene dos etapas a saber:

1. Definir el propósito que se quiere materializar con la norma (*¿Para qué?*): debe definirse lo que se quiere y qué hará el destinatario con las disposiciones contenidas en el texto del documento normativo a crear.
2. Identificar al destinatario de la norma (*¿A quién se aplica?*).

La tercera fase se denomina “**Estudios de Impacto (¿Qué impacto se espera obtener?)**”, y señala que *es necesario realizar un Estudio de Impacto Normativo (ESIN), cuyo objeto es determinar la necesidad de expedir, modificar o derogar una normatividad. Señala la norma que el ESIN es una herramienta fundamental para procurar una mejora sustancial en los decretos y resoluciones que se pretendan expedir a partir de la implementación del presente Manual y contendrá:*

1. **Oportunidad del proyecto:** “El estudio sobre la oportunidad del proyecto identificará los objetivos de la propuesta, el análisis de las alternativas existentes, tanto normativas como de cualquier otra naturaleza, todo con el fin de sustentar la necesidad de su expedición.”

2. **Impacto jurídico:** “El objeto de este estudio es propender por la coherencia del ordenamiento jurídico, así como evitar problemas de interpretación y aplicación de los preceptos normativos que se proyectan frente a las disposiciones vigentes.”

Para el efecto, el estudio de impacto del proyecto debe observar los siguientes principios jurídicos fundamentales:

- **Supremacía constitucional y jerarquía normativa:** “...en la elaboración de todo decreto o resolución debe tener en cuenta el respeto a la dignidad humana y la garantía de los derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución.”
- **Legalidad:** Implica la necesidad de que quien proyecte una norma jurídica señale las atribuciones constitucionales y las facultades legales que sirven para su expedición.
- **Seguridad jurídica:** “...implica para el redactor del proyecto de decreto o resolución el conocimiento inequívoco de lo que se pretende con lo proyectado, lo que se puede hacer o exigir y sobre su alcance, así como las modificaciones sobre la situación jurídica que la disposición causará sobre los particulares considerando las normas preexistentes”.
- **Reserva de ley:** “Se entiende por este principio la potestad que tiene el Poder Legislativo de regular ciertas materias por sí mismo, mediante Ley, y en consecuencia, la prohibición que tiene el Ejecutivo para su regulación mediante actos administrativos.”
- **Eficacia o efectividad:** Significa que el decreto o resolución deben ser idóneos para regular la realidad en ellos descrita y, por tanto, producir los efectos jurídicos que, con su emisión, fueron proyectados.

De conformidad con lo anterior, el estudio de impacto y viabilidad jurídica del proyecto deberá contener, al menos, los siguientes elementos:

- a) Análisis de las normas que otorgan para la expedición del decreto o resolución, en especial de las atribuciones constitucionales o facultades legales del Presidente de la República.
 - b) La vigencia de la ley a reglamentar.
 - c) Listado de las disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas, si alguno o algunos de estos efectos se produce con la expedición del decreto o resolución.
 - d) Cuando se vaya a reglamentar una materia o modificar la reglamentación vigente, se deberá verificar que se incluyan todos los aspectos necesarios para evitar modificaciones o correcciones posteriores que se hubieren podido prever.
 - e) En caso de que dentro del año inmediatamente anterior ya se hubiere reglamentado la misma materia, se deberán explicar las razones para expedir un nuevo decreto o resolución, y el impacto que ello podría tener en la seguridad jurídica de los destinatarios.
- 3. Impacto económico:** “En los eventos en que la naturaleza del decreto o resolución así lo amerite, deberá señalar el impacto económico el que contemplará la posibilidad de proporcionar a los destinatarios tiempo y medios suficientes para adaptarse a las nuevas condiciones que se dicten para el ejercicio de derechos y obligaciones”.
- 4. Impacto presupuestal:** Según el caso, se deberán identificar los costos fiscales del proyecto normativo y la fuente para la financiación de dicho costo, en este caso el proyecto será conciliado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- 5. Impacto ambiental y ecológico, o sobre el patrimonio cultural de la Nación:** cuando se requiera.

La cuarta fase se denomina “**Verificación y Memoria Justificativa**” y consiste en que el jefe de la oficina jurídica de la entidad u organismo, debe verificar el cumplimiento de los pasos y requisitos contemplados en la etapa previa, para luego solicitar autorización

al Ministro o Director de Departamento Administrativo para iniciar la etapa de redacción del decreto o resolución. Señala además el decreto que *los insumos generados en la etapa previa, en particular el Estudio de Impacto Normativo (ESIN), servirán no sólo para la redacción del decreto o resolución sino para la elaboración de la memoria justificativa (no mayor a 5 páginas) que deberá acompañarse a todo proyecto de decreto o resolución que sea sometido a la firma del señor Presidente de la República.*

Luego de la Etapa Previa, el manual consagrada en su capítulo III, la **ETAPA DE REDACCIÓN**, que consagra las pautas que deben seguirse en cuanto a la estructura normativa, parámetros de estilo y reglas mínimas de redacción. Posteriormente, en el capítulo IV, se establece la **ETAPA DE PUBLICIDAD, REVISIÓN Y CONSULTA**, que como su nombre lo indica consiste en primer lugar en el deber que tienen los ministerios y departamentos administrativos de tener a disposición del público a través de medios impresos o electrónicos de que dispongan, o por correo, la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición.

En segundo lugar, en lo que a la revisión se refiere, esta consiste en que el proyecto debe examinado varias veces con el fin de depurar el contenido, organizar mejor las ideas, simplificar las oraciones, precisar la información, corregir la ortografía o eliminar errores, entre otros. Para ello, la Oficina Jurídica de cada Ministerio o Departamento Administrativo, deberá revisar los proyectos de decreto y resoluciones de carácter general que deban someterse a la firma del señor Presidente de la República, antes de su remisión a la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, dependencia que también podrá hacer las observaciones e indicar las modificaciones a que haya lugar.

Finalmente, la Consulta, implica que cuando la Constitución o la ley así lo ordenen, deberán realizarse las consultas en ellas señaladas, caso en el cual el proyecto de Decreto o Resolución deberá acompañarse también de la constancia que acredite que se ha cumplido dicho trámite.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO, F. y P. RIVADENEIRA (2011) “Las Políticas Públicas del fomento al crecimiento en Chile. Análisis del Primer año del gobierno de Sebastián Piñera”. En Revista de Ciencia Política Volumen 49, N° 2, 2011 / pp. 17-32 ISSN 0716-1077.

AYALA, J. (2004). Instituciones y Economía: Una introducción al neoinstitucionalismo económico. Fondo de Cultura Económica. México D.F

AYALA, J (2003). Instituciones para mejorar el desarrollo: un nuevo pacto social para el crecimiento y el bienestar. Fondo de Cultura Económica. México D.F.

AYALA, J. y J. GONZÁLEZ (2001). El neoinstitucionalismo, una revolución del pensamiento económico En revista Comercio Exterior, enero 2001. México, págs. 44-57)

AUSTRALIAN GOVERNMENT (2015). Best Practice Regulation Report 2013–14. En http://www.dpmmc.gov.au/sites/default/files/publications/0010_Best_Practice_Regulation_Report_%202013-14.pdf

AUSTRALIAN GOVERNMENT (2014). The Australian Government Guide to Regulation. En http://cuttingredtape.gov.au/sites/default/files/files/Australian_Government_Guide_to_Regulation.pdf

AUSTRALIAN GOVERNMENT (2014a). The Australian Government Annual Deregulation Report for 2014. En https://www.cuttingredtape.gov.au/sites/default/files/files/ausgov_annual_dereg_report_2014.pdf

AUSTRALIAN GOVERNMENT (2012). *Regulatory Impact Analysis: Benchmarking.*

Productivity Commission. En <http://www.pc.gov.au/inquiries/completed/regulatory-impact-analysis-benchmarking/report/ria-benchmarking.pdf>. Revisado Febrero 18 de 2015.

BOARDMAN, A. et AL (1996). *Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice*, Prentice Hall, Estados Unidos.

BORTHWICK, D & MILLINER R. (2012). *Independent Review of the Australian Government's Regulatory Impact Analysis Process.*
https://pmc.gov.au/deregulation/obpr/riar/riareview_final_gov_response.cfm

COFEMER. Comisión Federal de Mejora Regulatoria. En Línea:
<http://www.cofemer.gob.mx> Revisado Febrero 18 de 2015.

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (2009). *Impact Assessment Guidelines 2009.* Enero de 2009, Bruselas. En http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (2008). *Impact Assessment Guidelines 2008.* Mayo de 2008, Bruselas. En http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/docs/ia_guidelines_draft_text_final_en.pdf

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (2008a). *Impact Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA).* Octubre 2008, Bruselas. En <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (2005). *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Legislar mejor para potenciar el crecimiento y*

el empleo en la Unión Europea. Marzo 2005. En <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0097:FIN:es:PDF>

COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (2002). *Communication From The Commission On Impact Assessment*. Junio 2002, Comisión de la Comunidad Europea, Bruselas. En http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/february/tradoc_121479.pdf.

COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA (2010). *Manual de la Manifestación de Impacto Regulatorio*. Disponible en el portal web de la entidad <http://www.cofemermir.gob.mx/mir/>.

COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA (2010a). Instructivo Calculadora de Impacto de la Regulación. Disponible en el portal web de la entidad <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=105>

CORDOVA, C. y J. VELAZQUEZ (2010). Propuesta para el diseño e implementación de un sistema de evaluación de impacto regulatorio en Chile. Banco Interamericano de Desarrollo. Una copia puede ser descargada de <http://publications.iadb.org/handle/11319/4845?locale-attribute=es>

COUNCIL OF AUSTRALIAN GOVERNMENTS (1995). Principles and Guidelines for National Standard Setting and Regulatory Action by Ministerial Councils and Standard-Setting Bodies. April 1995. En <http://www.pc.gov.au/research/completed/national-standard-setting/coag.pdf>

DEPARTMENT OF THE TAOISEACH (2009). Revised RIA guidelines. How to conduct a Regulatory Impact Analysis (RIA). Department of Taoiseach Government Buildings, Dublin. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.djei.ie/publications/ria/RIAGuidelines2009.pdf>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2012). Guía para la Evaluación de Políticas Públicas. Serie de Guías Metodológicas Sinergia.

KALMANOVITZ, S. (2003). “El Neoinstitucionalismo como Escuela”. En Revista de economía institucional vol.5 no.9 Bogotá, Diciembre. 2003

KIRKPATRICK, C y D. PARKER (2007). *Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation?* Edward Elgar, Cheltenham, UK.

LATORRE, I. (2014). “La Política de Mejora Regulatoria: Oportunidades y Desafíos para Colombia”. Revista de Derecho Público No. 33, Julio – diciembre de 2014. Universidad de los Andes.

LIVERMORE, M. (2010). “Análisis Costo-Beneficio de las Políticas Medioambientales en Países en Desarrollo”. Estudios Públicos, 117 (verano 2010). Centro de Estudios Públicos de Chile.

MONTENEGRO, S. (2010). “Evaluación de Impacto Regulatorio de la Propuesta de Directiva Europea sobre las Políticas Remunerativas en el Sector Financiero”. En Boletín de la Escuela de Posgrado Estado de Derecho y Buen Gobierno. Universidad de Salamanca. Año 2011 Núm. 1, Vol. II.

NORTH, D. (1993) Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica. México

OECD (2014). *Regulatory Policy in Mexico: Towards a Whole-of-Government Perspective to Regulatory Improvement*, OECD Publishing.

OECD (2014a). *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*. OECD Publishing.

OCDE (2012), *La evaluación de leyes y regulaciones. El caso de la Cámara de Diputados de Chile*, OECD Publishing.

OCDE (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia*, versión 2.0. OCDE, Paris. En <http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>

OCDE (2011 a). *Regulatory Management Indicators. Chile 2011*.

OCDE (2011 b). *Regulatory policy and governance: Supporting economic growth and serving the public interest*. Paris: OCDE.

OECD (2010). *OECD Reviews of Regulatory Reform: Australia 2010: Towards a Seamless National Economy*, OECD Publishing. ISBN Number: 978-92-64-06716-5

OECD (2009). *Regulatory Impact Analysis. A tool for policy coherence*. OECD Reviews of Regulatory Reforms. En <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/4209161E.PDF>

OECD (2009a). *Indicators of Regulatory Management Systems*. Regulatory Policy Committee. En <http://www.oecd.org/dataoecd/44/37/44294427.pdf>.

OCDE (2008a). *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>

OCDE (2008). *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis: Guidance for Policy Makers*. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>

OECD (2007). *Building a framework for conducting Regulatory Impact Analysis (RIA): Tools for Policy-Makers*. Mayo 2007. Directorate for Public Governance and

Territorial Development. OCDE. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/dataoecd/12/50/38706266.pdf>.

OECD (2007a). *OECD Reviews of Regulatory Reform: Korea 2007: Progress in Implementing Regulatory Reform*, OECD Publishing. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/korea/41399033.pdf>

OCDE (2006). *Políticas Públicas para un Mejor Desempeño Económico. experiencias del mundo para el desarrollo, México 10 años en la OCDE*. México, 2006. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/mexico/36704678.pdf>

OCDE (2005). *RIA in OECD Countries and Challenges for Developing Countries*. Delia Rodrigo. Directorate for Public Governance and Territorial Development. Dhaka, Bangladesh.

OECD (2004). *Regulatory Impact Analysis. Inventory*. note prepared by the OECD Secretariat for the Public Governance Committee meeting. Paris, April. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258430.pdf>

OECD (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform*. Organization for Economic Co-operation and Development. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/dataoecd/17/25/2391768.pdf>

OECD (1997a). *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*. Organization for Economic Co-operation and Development. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>

OECD (1995). *Recommendation of The Council of The OECD on Improving the Quality of Government Regulation*. Paris. Una copia electrónica puede ser descargada de <http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>

OFFICE OF BEST PRACTICE REGULATION (2014). Guidance Note. Cost – Benefits Analysis. Australia. Una copia electrónica puede ser descargada de http://www.dpmpc.gov.au/sites/default/files/publications/011_Risk.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO -OMC- (2001). Communication from Australia. Regulatory Impact Analysis in Australia. Working party on domestic regulation. Mayo de 2001.

RIVAS, J. (2003). “El Neoinstitucionalismo y la Revalorización de las Instituciones”. En *Reflexión Política*, vol. 5, núm. 9, junio, 2003, Págs. 37-45. ISSN 0124-0781. Disponible en <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=reflexion&page=article&op=view&path%5B%5D=748&path%5B%5D=720>

RODRIGO, D. (2015). “Introducción a los proyectos pilotos de AIN”. Presentación realizada en el evento del DNP: “Programa piloto análisis de Impacto Normativo con la OCDE”. 30 de Septiembre de 2015, Bogotá.

THE EUROPEAN POLICY CENTRE (2001). *Regulatory Impact Analysis: Improving the Quality of EU Regulatory Activity*. Occasional Paper, The European Policy Centre. En http://ec.europa.eu/enterprise/policies/better-regulation/files/epc_paper_en.pdf.

SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES (2012). Manual de Organización de la Misión Permanente de México ante la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. México. Marzo de 2012.

WHITEHOUSE. Sitio web en: <https://www.whitehouse.gov/omb/> Revisado Febrero 18 de 2015.

NORMAS

- Ley 20.416 de 2009. Congreso de la República de Chile
- Decreto reglamentario 80 de 2010. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. República de Chile.
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal sobre Metrología y Normalización. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. Congreso de la Unión. Estados Unidos Mexicanos.
- Executive Order 12866 of September 30, 1993. Federal Register / Vol. 58, No. 190 / Monday, October 4, 1993 / Presidential Documents. EEUU.
- Reglamento Interno del Consejo Federal para la Mejora Regulatoria. 2005
- Circular A– 4. Office of Management and Budget (OMB)
- Conpes 3816 de 2014