

Mejora regulatoria en la legislación ecuatoriana

Isabel Jaramillo Lalama

Introducción

Se ha podido observar cada vez con mayor intensidad el impacto que puede tener una norma en los mercados y los operadores económicos (y finalmente, en la ciudadanía por un más adecuado funcionamiento del mercado) y en cuánto influye que el proceso de su elaboración se haya dado dentro del marco de la legalidad y de la proporcionalidad. En tal razón, códigos, decretos ejecutivos y normas internas institucionales han buscado dar guías y soluciones de cómo se puede verificar que las normas sean efectivas y que cumplan con el propósito para el cual fueron construidas, y especialmente, que no se sumen al sinnúmero de otras disposiciones que se han emitido y que carecen de sentido o de aplicabilidad.

Desarrollo del tema

Una de las instituciones que busca hacer una evaluación y seguimiento de las leyes desde sus facultades es la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante “SCE”), la cual, como parte de las atribuciones otorgadas en el artículo 38 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), puede:

[...]

16. Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento.

[...]

21. Promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre competencia al mercado, de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley.

[...]

24. Proponer la remoción de barreras, normativas o de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.

[...].

En ese sentido, en octubre de 2020 la SCE emitió la Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas (en adelante “Metodología”), la cual busca ser una herramienta de evaluación y seguimiento de las normas, en línea con el concepto de *mejora regulatoria* recogido tanto en el Libro VII de Buenas Prácticas Regulatorias del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (2010) (en adelante “COPCI”) como en varios decretos ejecutivos vigentes a la fecha.

El artículo 237 de este cuerpo normativo señala que su objeto es:

[...] [P]romover el comercio, la inversión, y el desarrollo económico, a través de buenas prácticas regulatorias, tendientes a **reducir o eliminar regulaciones innecesarias, onerosas, repetitivas o contradictorias.**

Toda autoridad reguladora está obligada a aplicar buenas prácticas regulatorias en las etapas de planificación, diseño, emisión, aplicación y evaluación de las respectivas regulaciones. (Énfasis añadido)

Sin embargo, en la práctica se ha podido evidenciar que muchas instituciones públicas desconocen de esta obligación y por ende, no la aplican.

Pero, ¿en qué consiste la mejora regulatoria? El concepto comprende la existencia de un marco jurídico de calidad, que ofrezca los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, simplificar procesos y reducir cargas administrativas, esto, con el objetivo de asegurar la adecuación de la medida impuesta (norma) a los principios de buena regulación en el marco de un análisis de impacto, con lo cual se garantiza de mejor manera que no existan trabas que impidan el correcto funcionamiento de los mercados (Contreras Delgado, 2019).

Dentro de una sana competencia, la intervención de la administración pública debe estar justificada por la persecución de determinados objetivos. De esta forma, se tiende a evitar que estas actuaciones puedan distorsionar u obstaculizar el desarrollo de las actividades económicas más de lo que sería estrictamente necesario para conseguir sus legítimos objetivos (España, Comisión Nacional de la Competencia, 2018).

Tal es su importancia, que la *mejora regulatoria* fue declarada como política de Estado mediante Decreto Ejecutivo No. 1204 (2020) (en adelante el “Decreto No. 1204”):

[...] con el fin de asegurar una adecuada gestión regulatoria gubernamental, mejorar la calidad de vida de la población, **fomentar la competitividad y el emprendimiento, propender a la eficiencia en la economía** y garantizar la transparencia y seguridad jurídica. (Énfasis añadido) (Artículo 1).

Adicionalmente, en esta norma se señalan cuáles son los fines de la mejora:

- a. Garantizar una adecuada gestión regulatoria en todas las entidades de la Función Ejecutiva;
- b. **Mejorar la calidad de las regulaciones para favorecer el clima de negocios e inversiones, promover la innovación e impulsar la economía popular y solidaria y, el emprendimiento de pequeñas y medianas empresas, reduciendo la imposición de costos de cumplimiento;**

- c. Fortalecer las capacidades institucionales para gestionar efectivamente los procesos de mejora regulatoria;
- d. Garantizar la seguridad jurídica, a través del mejoramiento del entorno regulatorio, fortaleciendo así la confianza de los ciudadanos frente a la gestión pública;
- e. Mejorar la calidad de vida del ciudadano en sus relaciones con el sector público; y,
- f. Democratizar la toma de decisiones de política pública en el ámbito regulatorio a través de procesos de consulta a los involucrados. (Énfasis añadido) (Artículo 2).

Por otro lado, el Decreto Ejecutivo No. 68 (2021) establece:

Declárese política pública prioritaria de la República del Ecuador la **facilitación al comercio internacional y la promoción y atracción de inversiones mediante el fomento de la competitividad, la aplicación y ejecución de buenas prácticas regulatorias y la simplificación, eficiencia y transparencia de los procesos administrativos.** (Énfasis añadido) (Artículo 1).

Lo anterior concuerda con el COPCI (2010), mismo que establece que:

Art. 241.- Calidad de la Información.- **Las regulaciones se basarán en información científica, técnica, económica o académica que las sustente.** Las autoridades regaladoras (sic) identificarán dicha información, salvo que la misma fuere reservada o confidencial. (Énfasis añadido)

Art. 246.- Evaluación de Impacto Regulatorio.- **El análisis de impacto regulatorio es una herramienta para ayudar a las autoridades reguladoras a evaluar la necesidad y los impactos de los proyectos de regulación.** Las autoridades reguladoras realizarán un análisis de impacto en toda propuesta que cree costos de cumplimiento, de conformidad con los parámetros que establezca el órgano central de coordinación regulatorio. (Énfasis añadido)

Es importante que la normativa estimule la competencia y la eficiencia en los mercados, debiendo servir, precisamente, para regular los fallos de mercado en los casos en los que la competencia efectiva no sea posible. En este contexto, las iniciativas que tienen por objeto aplicar con mayor concreción al ámbito de la defensa de la competencia, deben incorporar el análisis costo–beneficio a procesos de evaluación del impacto regulatorio de los proyectos normativos (España, Comisión Nacional de la Competencia, 2018).

Por su parte, el artículo 81 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (2002) (en adelante “ERJAFE”), define el proceso de formación de los actos normativos:

Los actos normativos serán expedidos por el respectivo órgano competente. **La iniciativa para su expedición deberá ir acompañada de los estudios e informes necesarios que justifique (sic) su legitimidad y oportunidad.**

[...] (Énfasis añadido)

Cabe recordar además que la Disposición General Cuarta de la LORCPM (2011), respecto a la regulación sectorial señala que:

En el ámbito de su competencia, las entidades públicas a cargo de la regulación observarán y aplicarán los preceptos y principios establecidos en la presente Ley y coadyuvarán en el fomento, promoción y preservación de las condiciones de competencia en los mercados correspondientes.

Es decir, adicionalmente a lo señalado en el COPCI (2010), los decretos ejecutivos citados y el ERJAFE (2002), la LORCPM (2011) también establece como obligación que los entes reguladores al momento de emitir normativa en el marco de sus competencias, recojan principios para incentivar el crecimiento de los mercados y por ende, a un mayor flujo en la economía. Sin embargo, es frecuente observar que las normas no necesariamente responden a los intereses que buscan garantizar y en muchos casos resultan en más carga que alivio para resolver problemas coyunturales.

Como propuesta de evaluación y seguimiento de las normas, tanto desde un punto de vista legal como desde el ámbito económico, la SCE en su Metodología (2020) establece dos niveles macro de revisión. El primero corresponde al *análisis de legalidad*, el cual comprende, por un lado, que el órgano emisor haya tenido las competencias específicas para regular la materia, y por otro, que la norma no se contraponga con el ordenamiento jurídico.

Asimismo, y con el fin de verificar que las actuaciones de la administración pública estén respaldadas y justificadas de manera técnica, se procede con el segundo nivel, el denominado *análisis de proporcionalidad*, en donde se verifica que las normas se sustenten en:

- Idoneidad: existencia de relación entre medio y fin de la norma.
- Necesidad: propuesta y análisis de alternativas menos restrictivas.
- Proporcionalidad en estricto sentido: evaluación de los beneficios esperados por la aplicación de la norma, y de los presentados en el tiempo de vigencia.

Junta de Regulación y Control del Poder de Mercado

También es esencial señalar las atribuciones que la LORCPM recoge y que le corresponden a la Función Ejecutiva, específicamente a la Junta de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “JRCPM”):

Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley.

La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

[...] (Énfasis añadido) (2011)

Lo anterior va de la mano con lo establecido en el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”):

Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.-

La Junta de Regulación tendrá las siguientes facultades:

a) Ejercer la rectoría en la formulación de políticas públicas y su planificación en el ámbito de la ley, conforme a los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución de la República;

[...]

d) **Autorizar, mediante resolución motivada, el establecimiento de restricciones a la competencia, de conformidad con el artículo 28 de la Ley;**

[...]. (Énfasis añadido) (2012)

La Junta podrá emitir tal resolución únicamente bajo razones de interés público:

Art. 28.- Aplicación de restricciones.- Será admisible el establecimiento de restricciones a la competencia mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, en los siguientes casos:

1. Para el desarrollo de un monopolio estatal en favor del interés público;
2. Para el desarrollo de sectores estratégicos de conformidad con la Constitución de la República;
3. Para la prestación de servicios públicos de conformidad con la Constitución de la República;
4. Para el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional; y,

5. Para la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria.

Procederá el establecimiento de restricciones a la competencia cuando se generen beneficios específicos, concretos y significativos para la satisfacción del interés general, en el ámbito o industria en la que se establezcan, se incremente la eficiencia y se generen beneficios a favor de los consumidores o usuarios, que justifiquen la aplicación de las mismas.

Las ayudas públicas y restricciones a la competencia serán objeto de evaluación conforme la regulación de buenas prácticas regulatorias. (Énfasis añadido) (LORCPM, 2011)

En ese sentido, la resolución motivada deberá estar precedida y justificada por una evaluación de costo – beneficio, que tendrá en cuenta la idoneidad y necesidad de la medida de restricción a adoptarse. (Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [RLORCPM], 2012, art. 32)

Por su parte, el artículo 4 de la LORCPM (2011) señala como lineamientos para la regulación y la formulación de política pública en materia de la Ley a: “[...] 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado. [y] [...] 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. [...]”. Por ende, a la JRCPM (en virtud de sus facultades y atribuciones) debe concernirle lo relacionado a barreras normativas que puedan estar restringiendo la competencia o que sean perniciosas al funcionamiento del mercado, dado que las políticas públicas deben estar dirigidas al cumplimiento de los lineamientos señalados en pro de la mejora regulatoria.

Adicionalmente, la JRCPM tiene la obligación de cumplir con lo señalado a continuación:

Art. 51.- Cooperación.- En el cumplimiento de sus respectivas funciones, **la Junta de Regulación y las agencias de regulación** y control u órganos del poder público competentes para emitir regulación sectorial de conformidad con la ley, **trabajarán en estrecha colaboración y velarán por la compatibilidad de sus políticas.** Para ello intercambiarán información de manera oportuna y realizarán consultas previas en todo lo atinente a sus respectivos ámbitos de especialización.

[...]. (Énfasis añadido) (RLORCPM, 2012)

En ese sentido, adicional al trabajo que viene desarrollando la SCE, a través de las recomendaciones que se han emitido, se ha instado a la JRCPM a que pueda inmiscuirse en el control de la regulación

de políticas públicas, conforme lo determina la legislación citada en el presente documento, puesto que ello podría ser un apoyo fundamental en la aplicación de la *mejora regulatoria* y por ende, en la calidad normativa nacional.

Finalmente, es menester indicar que puesto que las recomendaciones que la SCE emite como resultado de los informes y análisis que efectúa no tienen aún un efecto vinculante sobre las entidades reguladoras, el apoyo de los medios de comunicación y de la promoción de la competencia ha sido primordial para lograr un impacto en la administración pública, pero aún insuficiente.

Conclusiones

La evaluación y seguimiento de la ley constituyen parte fundamental del ejercicio normativo y regulatorio que ostenta la administración pública. Por ende, la responsabilidad de que la emisión reglamentaria cumpla con los preceptos establecidos por el concepto de *mejora regulatoria*, es de carácter obligatorio, más aun al constar en no solo una, sino en varias disposiciones legales que refuerzan su importancia. Y así como es necesaria una regulación *ex ante*, también lo es la evaluación *ex post* recogida en nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, se ha podido observar que una regulación que sea eficiente, que cumpla con los objetivos para los cuales fue emitida, y que haya efectuado un análisis de impacto, entre otros aspectos, es fundamental para dinamizar la actividad económica. Esta sirve para atraer inversión y generar crecimiento en los mercados.

Referencias bibliográficas

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. 29 de diciembre de 2010.

Contreras Delgado, J. M. y López Vallés, J. (2019) Diez años de la transposición de la directiva de servicios (2009-2019): La contribución de la CNMC a la mejora de la regulación en España, Anuario de la Competencia 2018 de la Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 103-122. Recuperado de: <http://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/2018/2018.pdf>

Decreto Ejecutivo No. 1204. Declárese Política de Estado la Mejora Regulatoria con el Fin de Asegurar una Adecuada Gestión Regulatoria Gubernamental. 17 de diciembre de 2020.

Decreto Ejecutivo No. 68. Declárese Política Pública la Facilitación del Comercio y Producción. 22 de junio de 2021.

España, Comisión Nacional de la Competencia, (2018). Trabajando por la Competencia: Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia, p. 11, recuperado de: https://www.cnmec.es/sites/default/files/1185786_7.pdf.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. 18 de marzo de 2002. Recuperado de:
<https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2024/03/Gui%CC%81a-metodologi%CC%81a-para-la-identificacio%CC%81n-revisio%CC%81n-y-eliminacio%CC%81n-de-barreras-normativas.pdf>

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 13 de octubre de 2011.

Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas. Superintendencia de Competencia Económica. 26 de octubre de 2020.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 7 de mayo de 2012.