

PROCEDIMIENTOS DE APROBACIÓN AUTOMÁTICA CONSIDERACIONES SOBRE SU CORRECTA CALIFICACIÓN

Pablo Ferreyros Quiñones
Facultad de Derecho, PUCP*

Categoría alumnos

En los operadores jurídicos persiste la duda sobre qué procedimientos deben calificarse como de aprobación automática. Las pautas explícitamente dadas para ello en la ley son insuficientes y la doctrina no ha abordado el problema con la suficiente profundidad, lo cual tiene importantes consecuencias para la eficiencia de la Administración Pública, en particular para la operatividad de sus regulaciones en relación con la dinámica socioeconómica y con los órdenes jurídicos extralegales. Se plantea, por esta razón, a través de un enfoque que toma en cuenta aspectos sistemáticos, históricos y funcionales, una propuesta sobre los lineamientos que deberían seguirse para calificar procedimientos administrativos como de aprobación automática o de evaluación previa.

I. Introducción

¿Cuándo debe acceder la Administración a nuestras solicitudes? ¿Qué condiciones debe poner para ello? ¿Cómo afecta esto la realidad? Los procedimientos de aprobación automática, en líneas muy generales, son aquellos en los que lo solicitado por el administrado se considera aprobado desde su solicitud. Existen en el ordenamiento desde fines de la década de 1980 y han tenido una repercusión importante en el diseño del Estado y el devenir de la economía. Subsisten, sin embargo, dudas sobre sus alcances y su adecuado campo de aplicación.

¿Cuándo debe calificarse un procedimiento como de aprobación automática? Es un tema que ha sido abordado por la doctrina nacional en los manuales de procedimiento administrativo general. Sin embargo, no ha sido estudiado con el detenimiento necesario para ofrecer repuestas exhaustivas. Siendo un tema de crucial importancia, con repercusiones a nivel social, político y económico, en el presente trabajo se propone abordarlo desde distintas aristas (legales, económicas, históricas) para buscar dar una respuesta más completa y profunda al problema.

* Estudiante de Derecho en la PUCP. Becario del XXIV Curso de Extensión Universitaria en regulación del OSIPTEL. Estudiante de intercambio académico en el Instituto de Estudios Políticos de París (Sciences Po). Es asistente en los cursos de Personas y Acto Jurídico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Es ex practicante de Semana Económica y del Tribunal Constitucional. Exintegrante del Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho.

2. Aspectos generales

2.1. Aprobación automática y fiscalización posterior.

Existen distintos modos de clasificación de los procedimientos administrativos. Uno según cómo comienza el procedimiento, se distingue entre los iniciados de oficio (por la propia Administración), y los iniciados a pedido de parte. Es dentro de este segundo grupo que cabe distinguir entre procedimientos de evaluación previa y procedimientos de aprobación automática (Morón, 2011, pp. 222-227).

Los procedimientos de evaluación previa, regulados entre los artículos 34 y 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), son aquellos en los que se requiere de un pronunciamiento (o de la configuración de un supuesto de silencio administrativo) por parte de la autoridad. En los procedimientos de aprobación automática (regulados en el artículo 32 de la LPAG), por el contrario, solo requiere la presentación de la información requerida.

En tanto opera el principio de presunción de veracidad¹ respecto de la información entregada, lo solicitado se considera aprobado desde su presentación. De ahí que se sostenga que este tipo de procedimiento es en realidad un aviso a la Administración de una actividad que va realizarse (Morón, 2011, p. 257).

La contracara de la facilidad que se da al administrado de iniciar su actividad sin tener que esperar una respuesta de la Administración es la fiscalización posterior realizada por esta, (regulada en el artículo 32 de la LPAG). Para asegurar la efectividad del procedimiento de aprobación automática —cuya exigencia, de otro modo, no tendría mayor sentido—, la Administración verifica de oficio y *ex post* un porcentaje de las solicitudes previamente aprobadas. De esta manera, se logra mantener la supervisión de la Administración sobre cuestiones concernientes al interés público, evitándole a su vez carga burocrática a los administrados.

La LPAG no especifica la forma en que esta fiscalización debe llevarse a cabo. Deja ello a la Presidencia del Consejo de Ministros, la cual lo determina a través del D. S. 096-2007-PCM. En este se establece que la elección de los expedientes a fiscalizar se efectúe aleatoriamente y abarque no menos del 10 % de ellos, sin que se exceda, en principio, de los cincuenta expedientes; salvo razones de interés público suficientemente fundamentadas.

En cuanto a la labor de revisión, por su parte, el D. S. 096-2007-PCM indica que esta no está limitada a la lectura de los expedientes inicialmente presentados, sino que se podrá solicitar tanto a entidades públicas como privadas información adicional que permita verificar la validez de lo afirmado. Deja a los directivos de los órganos a cargo de la fiscalización la evaluación de los resultados de esta.

Para dotar de efectividad a la fiscalización posterior, en el D. S. 096-2007-PCM se establece la creación de la Central de Riesgo Administrativo. Esta central, cuya información solo está disponible para la Administración Pública, contiene los datos de los administrados que hayan vertido declaraciones falsas en las solicitudes presentadas en procedimientos de aprobación automática. La consecuencia es que, en adelante, toda solicitud de este tipo que dichos administrados realicen será de obligatoria fiscalización posterior.

¹ «Presumir que los documentos y declaraciones formulados por los ciudadanos en la forma prescrita por la ley responden a la verdad de los hechos que afirman», de acuerdo a los lineamientos de simplificación administrativa de la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP).

El principal efecto de la detección de una declaración falsa a través de la fiscalización posterior; sin embargo, es la nulidad del acto administrativo al que dio lugar el procedimiento de aprobación automática. Esta consecuencia no supone crear una nueva causal de nulidad, sino que deberá basarse en alguno de los vicios establecidos por la LPAG. Se determinará a través de un procedimiento de nulidad de oficio en el que el administrado podrá presentar sus descargos. De proceder la nulidad, corresponderá junto con ella una multa contra el administrado. Además de —si fuera el caso— la notificación al Ministerio Público para el inicio del proceso penal correspondiente a un posible delito contra la fe pública.

2.2. Calificación en los TUPA.

La Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI define el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) en sus lineamientos de simplificación administrativa como «el documento informativo de los procedimientos a cargo de la entidad administrativa que debe estar a disposición de los ciudadanos en la forma prevista en la ley». La obligación de incluir todos sus procedimientos administrativos en un TUPA surge para las entidades del Estado en 1991 con el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Hoy, el IV título de esa norma, que contenía la regulación relativa a los TUPA, se encuentra derogado por la LPAG. Sin embargo, las disposiciones de una y otra son sustancialmente similares. Así, la norma vigente, en línea con su antecesora, establece que:

42.1 Todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único de Procedimientos Administrativos, el cual comprende:

1. Todos los procedimientos de iniciativa de parte [...] siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal [...].
2. La descripción clara y taxativa de todos los requisitos exigidos para la realización completa de cada procedimiento [...].
3. La calificación de cada procedimiento según corresponda entre procedimientos de evaluación previa o de aprobación automática.

Como se puede apreciar, es en los TUPA donde corresponde que cada entidad determine qué procedimientos son de aprobación automática. Estos, en principio, no crean procedimientos, sino que recopilan ordenadamente los existentes. La idea —como lo sugiere el título de la ley que les dio origen— es que faciliten a los administrados su relación con las entidades, ofreciéndoles información clara y suficiente. Además de buscarse que ayuden al control de la administración, al facilitar la revisión de las exigencias que pone (Maraví Sumar, 2007, p. 202).

Este fin, sin embargo, muchas veces no se logra. Así, «La mayoría de entidades no utilizan las normas de la simplificación administrativa que contiene la Ley 27444, ni perciben las ventajas, ni para la entidad ni para la sociedad en su conjunto, de trabajar sobre la base de la presunción de veracidad y la fiscalización posterior. Entienden que con la fiscalización previa y el silencio administrativo negativo tienen más seguridad y no incurren en responsabilidad administrativa» (Maraví Sumar, 2007, pp. 202-203).

Del otro lado, también ocurre que trámites que no deberían ser considerados procedimientos administrativos, como servicios prestados en exclusividad por la entidad o meras comunicaciones que no requieren aprobación, son calificados como tales. Resultan así,

muchas veces, que son regulados bajo el régimen de aprobación automática (Maraví Sumar, 2000, pp. 295-296).

Más adelante en el texto se analizarán casos particulares de estos errores, así como otros en los que la calificación se realizó correctamente. Lo que se busca a continuación es establecer las pautas para evaluar esta calificación realizada en los TUPA.

3. Estado y problemática actuales de la figura

3.1. Regulación comparada.

La figura (como se verá con mayor detalle en el punto 2 del subcapítulo IV del presente trabajo) se introdujo en el ordenamiento buscando aportar a su simplificación administrativa. Partió —de acuerdo con los académicos que propusieron su incorporación en el ordenamiento— teniendo como referente a la *Paperwork Reduction Act* norteamericana de 1980, en la que se requería a las entidades administrativas dejar de lado, de manera progresiva, procedimientos y trámites previamente exigidos (Ostoja, Bustamante y Camaiora, 1990, pp. 29-30).

En el ordenamiento norteamericano, sin embargo, los procedimientos vienen previamente calificados por una norma de rango legal. No ocurre, por ello, el problema de la calificación por parte de las entidades.

En el ordenamiento, se ha producido recientemente un avance en ese sentido, con la última modificación de la LPAG. A través del Decreto Legislativo 1272, entre otros cambios, se introdujeron los procedimientos administrativos estandarizados obligatorios, que vienen dados por la Presidencia del Consejo de Ministros a través de un decreto supremo. La mayoría de los procedimientos, sin embargo, siguen siendo creados por las entidades, de manera que el problema entorno a la calificación realizada por estas subsiste.

A nivel regional, los procedimientos de aprobación automática son particulares del ordenamiento. Con el Programa Nacional de Desburocratización brasileño se implementaron medidas similares a inicios de la década de 1980, cuando la exigencia de presentar una prueba documental «fue reemplazada por las declaraciones simples del administrado» (Ostoja, Bustamante y Camaiora, 1990, p. 30). El principio de presunción de veracidad está presente en otros ordenamientos, como el colombiano y el uruguayo. Sin embargo, se manifiesta como la aceptación de documentación simple o como «'presunción de licitud' vinculada a derecho del administrado a la presunción de inocencia» (Brewer-Carías, 2007, p. 66). El principio de privilegio de controles posteriores, a nivel latinoamericano, solo está presente en el ordenamiento (Espinoza-Saldaña, 2011, pp. 281-282; Brewer-Carías, 2007, pp. 75-76).

En el derecho español existe una figura similar: la comunicación previa. Dice de esta Rebollo Puig (2009) que consiste en informar de una actividad privada a la Administración previamente a su realización, con lo cual «el particular no pide ni espera ninguna resolución, que en efecto no tiene que producirse» (p. 40).

Añade que «formalmente, someter una actividad a comunicación es menos restrictivo que someterla a autorización [previa], por lo que el principio de proporcionalidad inclina a elegir este control». Siendo que «el mismo derecho europeo está orientado en la dirección de reducir los supuestos de autorización [previa] a los realmente imprescindibles y exigir en los demás las simples comunicaciones» (2009, p.41).

Al ser dada por normas de rango superior; en el ordenamiento español no se produce el problema de la calificación de los procedimientos como de comunicación previa por las entidades. No deja, por ello, de haber problemas de otro tipo².

3.2. Regulación y problemática locales.

En la década pasada, José Alberto Bustamante Belaunde (2009), académico de notable influencia en la introducción de los procedimientos de aprobación automática, afirmaba que «todavía [resulta] muy temprano para evaluar la incidencia que tuvo, en la dinámica burocrática del país, la imposición legal de la presunción de veracidad. Constituyó en su momento una herida de muerte inferida contra un monstruo burocrático insensible y poderoso» (p. 62). Si bien la figura, efectivamente, cumplió un rol desburocratizador, persisten en la actualidad —como se verá en seguida— problemas en torno a cómo calificar los procedimientos que limitan este efecto.

La LPAG se limita a indicar que son procedimientos de aprobación automática

- «Aquellos que habiliten el ejercicio de derechos preexistentes en el administrado»,
- «La inscripción en registros administrativos» y
- «La obtención de licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares que habiliten para el ejercicio continuado de actividades profesionales, sociales, económicas o laborales en el ámbito privado».

Los dos primeros puntos son de reciente incorporación, introducidos con la última modificación a la LPAG realizada a través del Decreto Legislativo 1272 en diciembre de 2016 (Maraví Sumar, 2017, 69-70). El segundo introdujo una novedad, si bien acotada, que permite realizar la inscripción en registros administrativos de una manera más ágil.

El primero, no obstante, redundante hasta cierto punto con la disposición ya tenida, en tanto la habilitación de derechos preexistentes se realiza, precisamente, a través de licencias y autorizaciones. Así, entre otros, Laguna de Paz (2007, pp. 29-30) y Rebollo Puig (2009, pp. 33-40).³ Los derechos preexistentes de los que se habla en el primer punto caen dentro de lo habilitado por las licencias o autorizaciones de las que se habla en el tercer punto. Técnicamente, serían el objeto de estas⁴.

Cabe entender como transversales, en una interpretación literal, los requisitos de no afectación de terceros y de que la actividad aprobada sea continuada en el tiempo. Esto último,

2 «La norma que someta una actividad a la necesidad de autorización [previa] debe tener rango de ley [...] o habilitación legal para establecer tan drástica limitación. Y aun así solo podrá hacerlo si se trata de una medida proporcionada y la menos restrictiva de la libertad [...]. Estas condiciones no han sido necesariamente respetadas en el derecho español, donde tal vez se ha abusado de las autorizaciones administrativas. Quizá el derecho europeo contribuya a un mayor respeto a la proporcionalidad» (Rebollo Puig, 2009, pp. 35-36).

3 Explica Laguna de Paz que «el carácter declarativo de la autorización es lo que corresponde a la naturaleza privada de la actividad». Por el contrario, «afirmar el carácter constitutivo de la autorización sería introducir un elemento disonante que alimentaría una dinámica más favorable a la intervención que al derecho cuyo control se articula» (2007, pp. 29-30). En efecto, es en el ámbito de la actividad privada donde el administrado tiene derechos preexistentes. Así, las autorizaciones son el supuesto inverso al de la concesión en su formulación clásica, donde, al estar publicada la actividad, el particular no tiene, en principio, derecho sobre ella.

4 El tercer punto podría ser más amplio que el tercero, si entendemos que las autorizaciones demaniales no tienen naturaleza declarativa. De ser el caso, no obstante, la redundancia incurrida no dejaría de ser tal.

debido a que sin ello la fiscalización posterior no podría revertir un eventual resultado obtenido incumpliendo los requisitos⁵.

Delimitan también el ámbito de la aprobación automática, desde luego, los supuestos consignados en los artículos 34 (inciso 1) y 37 de la LPAG, en tanto señalan situaciones afectas a ser reguladas según los silencios positivo y negativo, respectivamente.

En el marco de la definición legislativa preexistente, no modificada en lo sustancial, Maraví Sumar (2007) ha señalado que «más allá de cualquier vocación burocrática, la mayoría de entidades no sabe a ciencia cierta cuándo un procedimiento debe ser calificado como de aprobación automática» (p. 211).

Esto se explicaría porque «criterios nada claros como “siempre que no afecten derechos de terceros” (actual artículo 31.4), que es el límite para los procedimientos de aprobación automática, [...] llevan [a los funcionarios encargados de ello] a calificar a los procedimientos como [regulados según el] silencio administrativo negativo, para mayor certeza» (Maraví Sumar, 2007, p. 211). Un estudio de la autora mostraba que, como consecuencia de ello, las dos terceras partes (66.56 %) de los procedimientos incluidos en los TUPA de las principales entidades son de evaluación previa y sujetos al silencio negativo (2007, p. 213).

Similar preocupación expresaba Morón Urbina tras promulgarse la Ley del Silencio Administrativo, hoy derogada tras integrarse sus disposiciones a la LPAG —sin cambios sustanciales en este respecto⁶— con el mencionado Decreto Legislativo 1272:

No se trata de aplicar el silencio positivo a la mayoría o a una minoría de procedimientos administrativos. Hay aspectos previos que analizar: ¿es necesario que determinada actividad privada sea autorizada previamente? [...] La experiencia indica que hay un sinnúmero de casos en que la administración persiste en controles previos por tradición y, más aun, sin noción clara de lo que tiene que verificar: [...] No se han percatado de que los supuestos de aplicación del procedimiento de aprobación automática son prácticamente los mismos que para el silencio positivo⁷. La reforma no estaba en regular de manera diferente el silencio negativo respecto del positivo, sino en asegurar que haya procedimientos de aprobación automática en materia de autorizaciones, licencias y aprobaciones. (Morón, 2007, pp. 290-296)

La doctrina ha buscado complementar lo dicho por la Ley para ofrecer lineamientos más claros sobre cuándo un procedimiento administrativo debe ser considerado de aprobación automática. De esta manera, Morón Urbina (2011) considera que debería tenerse como base una tendencia a clasificar la mayoría de los procedimientos como de aprobación automática (pp. 257-258). Asimismo, la evaluación previa se reservaría para los casos en los que la repercusión del procedimiento sea importante, en los que se adjudiquen derechos trascendentes, en los que exista la posibilidad de limitar derechos de terceros o en los que se otorguen concesiones (pp. 257-258).

Guzmán Napurí (2016), por su parte, indica que los procedimientos de aprobación automática son aquellos cuyos resultados favorecen al administrado y que requieren una respuesta automática de la Administración para surtir estos efectos positivos, como es —por

5 Más adelante se verá, sin embargo, que el ordenamiento matiza lo primero exigiendo proporcionalidad.

6 Un buen recuento de los cambios a partir del Decreto Legislativo 1272 puede encontrarse en Maraví Sumar (2017).

7 Sobre la actualidad de esta problemática, véase la sección 1.3. del subcapítulo IV del presente trabajo.

ejemplo—el caso de solicitud de licencias municipales de funcionamiento (pp. 380). Estos, sin embargo, deben —como ya se dijo— ser de ejecución prolongada para que sea posible su posterior fiscalización por parte de la Administración. Se requiere, finalmente, que las actividades a que dan lugar no afecten los derechos de terceros; no habiendo así ningún problema en que su inicio sea automático y sin previo aviso a estos (pp. 381).

La tratativa a esta materia, sin embargo, ha sido en general insuficientemente profunda. Se ha realizado en trabajos que abordan un tema más amplio, ya sea en manuales de procedimiento administrativo general o en trabajos sobre simplificación administrativa que cubren varios aspectos de esta. En el presente artículo, se busca ofrecer una indagación algo más detenida sobre las consideraciones necesarias para calificar correctamente los procedimientos de aprobación automática. Se considera que para ello es necesario, de un lado, un análisis sistemático dentro y fuera de la LPAG y, de otro, un entendimiento del contexto histórico en el que se produce el surgimiento de los procedimientos de aprobación automática en el ordenamiento y su funcionalidad socioeconómica.

4. Análisis de los procedimientos de aprobación automática en el ordenamiento

4.1. Análisis sistemático.

4.1.1. Opción preferente por los procedimientos de aprobación automática.

El artículo 59 de la Constitución establece que «el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria». Prosigue indicando también que «el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad». El artículo 61, por su parte, afirma que «El Estado facilita y vigila la libre competencia».

Como se verá al analizar su funcionalidad socioeconómica, los procedimientos de aprobación automática permiten agilizar y desburocratizar la obtención de resultados favorables al administrado. Esto facilita el ejercicio de las libertades económicas referidas, en tanto los resultados que busca quien inicia el trámite tienen muchas veces que ver con permisos para iniciar o mantener actividades empresariales.

A su vez, la carga burocrática que los procedimientos de aprobación automática permiten evitar es generadora de la desigualdad a la que se refiere la segunda cita del artículo 59, en tanto quienes menor capacidad tienen para afrontar los costos de lidiar con la burocracia son las empresas de menor presupuesto⁸. Asimismo, siendo una eventual consecuencia de estos costos la existencia de mayores dificultades para permanecer en el mercado, no evitarlos perjudicaría también la libre competencia⁹. Así —cómo se verá en el siguiente punto con más detalle—, de la Constitución económica se desprende una preferencia por calificar los procedimientos como de aprobación automática en la medida en que se pueda hacerlo.

En línea con la norma fundamental, la LPAG consigna en el artículo IV (inciso 1.16) de su título preliminar el principio de privilegio de controles posteriores¹⁰. Los procedimientos

8 Ello es extensamente documentado en De Soto (2009b).

9 Sobre el modo en que, de manera general, la regulación y las mayores cargas burocráticas tienden a atentar contra la libre competencia, véase Súmar Albújar (2015).

10 «la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz».

de aprobación automática, como se sabe, se caracterizan —a diferencia de los de evaluación previa— por trasladar las labores de fiscalización a un momento posterior. La referencia a ellos en este artículo del título preliminar, así, es clara.

El citado artículo contiene también, en su inciso 1.7, el principio de presunción de veracidad, base —como se ha dicho antes— de los procedimientos de aprobación automática¹¹. La prueba en contrario que esta presunción admite es, desde luego, la obtenible a través de controles posteriores.

En el mismo sentido se consignan también, en los incisos 1.8 y 1.13 del artículo que venimos citando, los principios de celeridad y de simplicidad. El primero indica que «debe dotarse al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable». El segundo, que «los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria».

Los principios citados muestran una opción preferente por los procedimientos de aprobación automática. Vale la pena recordar que el segundo inciso del artículo que los contiene establece que «los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo».

Los lineamientos de la Comisión de Acceso al Mercado de INDECOPI sobre simplificación administrativa, en línea con la LPAG, recogen en su quinto artículo, entre otros, los cuatro principios acá mencionados. Además, se establece expresamente que los procedimientos administrativos son materia de simplificación administrativa (literal A del título IV).

4.1.2. Razonabilidad y proporcionalidad.

¿Cuándo deben los procedimientos calificarse como de aprobación automática? El artículo IV del título preliminar de la LPAG establece en su inciso 1.4 el principio de razonabilidad. Según este, «Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando [...] establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

El inciso 1.13 de ese mismo artículo, relativo al principio de simplicidad, establece a su vez que «los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir».

Calificar un proceso como de evaluación previa es poner al administrado mayores requisitos y restricciones de los que este afrontaría si el proceso fuera de aprobación previa. Así, de estos principios se desprende que dicho aumento de requisitos debería efectuarse ponderando, en tanto del otro lado están las libertades económicas, la libre competencia y el derecho al trabajo, además del interés público en que la Administración esté efectivamente al servicio del ciudadano.

¹¹ De acuerdo con este, se presume *iuris tantum* «que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley responden a la verdad de los hechos que ellos afirman».

Inspirado por los citados principios del título preliminar, el artículo 44 de la LPAG consigna que «Solamente serán incluidos como requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento administrativo aquellos que razonablemente sean indispensables para obtener el pronunciamiento correspondiente, atendiendo además a sus costos y beneficios». Evaluar si un requisito es indispensable supone determinar su grado de necesidad, para lo cual es, a su vez, necesario saber primero si el mismo es idóneo. Interpretando sistemáticamente, esta norma abona a la necesidad de ponderar en la calificación de los procedimientos¹².

El citado artículo de la LPAG exige, además, un análisis costo-beneficio. Al respecto, resulta útil la propuesta de Sumar Albújar (2012) para evaluar proyectos legislativos a partir de una adaptación del test de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto aporta orden al razonamiento y permite descartar casos en los que el ACB no tiene sentido¹³.

Para este análisis costo-beneficio, debe considerarse que el mecanismo de evaluación previa ahorra significativamente costos al Estado al aumentar la eficiencia de sus entidades. En tanto la fiscalización posterior solo abarca un porcentaje de los expedientes aprobados (con un límite de 150 por semestre), la Administración reduce su carga burocrática y laboral, ahorrando dinero público y permitiendo que la capacidad existente se enfoque mejor en asuntos más importantes. Como señala Maraví Sumar (2000) «la optimización de recursos [tanto del sector público como de los particulares] indica que debe privilegiarse la fiscalización posterior sobre la previa» (p. 294).

4.1.3. Los supuestos excluidos.

Se tiene que en el ordenamiento existe una tendencia favorable a los procedimientos administrativos, a los cuales corresponde determinarlos ponderando si los requisitos y trámites que de otra manera se impondrían al usuario son razonables y proporcionales a los beneficios que aportan o los males que permiten evitar. Sin embargo, hay casos en los que el ordenamiento establece expresamente supuestos que deben regularse según la evaluación previa. Aquellos son los relativos a los silencios administrativos, regulados según estas técnicas por disposición manifiesta de la ley.

Este es el caso del artículo 37 de la LPAG, referente a los procedimientos de aprobación previa con silencio negativo, el cual establece lo siguiente:

37.1 Excepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación, así como en aquellos procedimientos de promoción de inversión privada, procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.

12. Ello aplicaría incluso para el requisito de no afectación de derechos de terceros que pone el cuarto inciso del artículo 32 de la LPAG para calificar los procedimientos como de aprobación automática, en tanto una limitación del contenido adicional bien podría ser proporcional y razonable.

13. Pensada desde el análisis regulatorio, esta propuesta propone básicamente reemplazar la ponderación en sentido estricto del tercer paso del test por el análisis costo-beneficio (ACB), contrapesándose afectaciones-optimizaciones a nivel de resultados/eficiencia en vez de afectaciones-optimizaciones de derechos (pp. 37-41). La idea no es que la primera evaluación reemplace a la segunda, sino que aporte a esta, permitiendo definir mejor las consecuencias de las medidas analizadas.

37.2 Asimismo, es de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la Administración Pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.

37.3 En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se rige por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplica el Código Tributario.

Como se puede apreciar, el silencio administrativo negativo es una técnica más bien excepcional, aplicable solo para determinados supuestos cuyo recurso debe, además, sustentarse técnicamente. Más aun, al final del artículo se indica que, salvo ciertas excepciones, «las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su Texto Único de Procedimientos Administrativos los procedimientos administrativos señalados».

Más general es la otra forma de regulación de la evaluación previa. En efecto, el legislador establece que son procedimientos con silencio positivo todos los procedimientos de evaluación previa no sujetos al silencio administrativo negativo. No obstante, añade un supuesto expreso: «[los] recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo».

En realidad, del artículo 34 solo este segundo inciso nos sirve para delimitar externamente el campo de aplicación de la aprobación automática. El primero simplemente presupone una definición dada, refiriéndose al resto de procedimientos de evaluación previa sin indicar cuáles son estos. Para esclarecer esta línea divisoria que el legislador asume dada, se procederá a analizar el contexto histórico y la funcionalidad socioeconómica de los procedimientos de aprobación automática. Ello permitirá tener mayor claridad sobre los derechos que están en juego al ponderar para realizar la calificación del procedimiento.

5. Análisis histórico y funcional

5.1. Contexto histórico.

5.1.1. Jurídico.

La primera ordenación del procedimiento administrativo con carácter general, buscando dar una base común a los distintos procedimientos hasta entonces dispersos, fue el Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 006-67-SC. Aquella vocación se ve desde la formación de la comisión dos años antes, cuando los considerandos del Decreto Supremo 421-65-SC hablaban de implementar «normas uniformes y precisas para la tramitación de expedientes en la Administración Pública» y lograr tener «normas generales de procedimiento» hasta entonces inexistentes. Este dispositivo se distinguió, al decir de Paniagua Corazao (1992), por ser «supletorio, ordenador y principista» (p. 15).

Se trataba, sin embargo, de una norma que no contemplaba los procedimientos de aplicación automática. Estos aparecen recién con la Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa, promulgada en junio de 1989. El primer capítulo de esta se titulaba «La presunción de veracidad». En él, el artículo 4 de la ley establecía que «la Administración Pública sustituye la fiscalización previa por la fiscalización posterior. La forma en que esta se lleve a cabo, así como las sanciones a que dé lugar, serán establecidas en el reglamento».

El reglamento, promulgado por el Decreto Supremo 070-89-PCM, indicaba en su artículo 5 que «a efectos de la fiscalización posterior, se entiende que la veracidad de las

declaraciones a que se refiere el artículo anterior corresponde a la situación conocida por el declarante al momento de emitirlas». En su artículo 11, asimismo, apuntaba que:

De acuerdo con el principio de la presunción de veracidad, la Administración Pública modificará [...] sus procedimientos específicos para el otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares, con la finalidad de que sean otorgados automáticamente sobre la base de las declaraciones de los interesados, las que estarán sujetas a una fiscalización posterior:

Como límite externo del campo de aplicación de este nuevo mecanismo establecía los «casos en que el otorgamiento automático [...] pudiese dar lugar a una contención administrativa prevista expresamente o, de cualquier otra forma, exponer a las personas, contraviniendo el ordenamiento jurídico aplicable, a perjuicios a su salud o seguridad». En estos casos las entidades competentes podrían «mediante reglas obligatoriamente publicadas y motivadas, establecer un procedimiento simplificado de aprobación no automático». Estos últimos, como se ve, eran de un carácter más bien excepcional.

La reforma fue consolidada con la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, promulgada a través del Decreto Legislativo 757 en 1991. Esta, la misma que hacía obligatorios los TUPA para las entidades públicas, tenía un claro ánimo de reducir regulaciones y complementar las reformas económicas que se venían dando en otras áreas para salir de la situación económica en la que se encontraba el país. Así, en su artículo 24 establecía lo siguiente:

Las solicitudes presentadas ante las distintas entidades de la Administración Pública a que se refiere el artículo 20 del presente Decreto Legislativo, se considerarán automáticamente aprobadas el mismo día de la presentación del recurso o formato correspondientes, siempre que se cumpla con los requisitos y se entregue la documentación completa exigidos por el TUPA para cada caso.

El artículo 20 en cuestión hacía referencia nada menos que a «los ministerios, instituciones y organismos públicos, y otras entidades de la Administración Pública de cualquier naturaleza, ya sean dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales». Es decir, virtualmente todas las entidades administrativas. Decía de estas que estarían «obligadas a [...] unificar, reducir y simplificar drásticamente todos los procedimientos y trámites administrativos que se siguen ante la respectiva entidad, conforme a lo prescrito en el presente título». Por «el presente título» hacía referencia al Título IV, en el que se encontraba dicho artículo: «De la seguridad jurídica de las inversiones en materia administrativa».

El artículo 25, a su vez, establecía que podría «establecerse que los procedimientos administrativos requerirán de evaluación previa» solo «en casos excepcionales», lo cual tenía que ser expresado en el TUPA. Como se ve, tanto en esta Ley como en su antecesora, los procedimientos de evaluación previa eran más la excepción que la regla¹⁴.

Con la promulgación de la LPAG, en el 2001, se derogan la Ley de Simplificación Administrativa y el cuarto título de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

14 En este sentido apuntaba también Maraví Sumar (2000), quien consideraba que «la regla general» en el DL 757 era «la vigencia de la aprobación automática» (p. 298).

Sin embargo, se toma y mantiene lo aportado por ellas simplemente incorporándolo a una legislación más amplia y coherente. Se considera que el cambio no se da por un viraje de pareceres respecto al contenido de estas leyes, sino por la necesidad de ordenar los cambios que se habían hecho respecto al Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo. Este no solo había sido modificado directamente por el Decreto Legislativo 26111 en 1992, sino que, debido a las normas que se han venido comentando, ya había perdido el carácter general y ordenador que tuvo inicialmente y que había sido buscado con su elaboración.

En efecto, la LPAG no solo conserva las figuras implementadas por la Ley de Simplificación Administrativa y la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (procedimientos de aprobación automática, silencio positivo, y silencio negativo acotado a supuestos taxativos), sino también sus principios y lineamientos más generales. En el caso de la Ley de Simplificación Administrativa, los principios establecidos por esta fueron incorporados al cuarto artículo del título preliminar de la LPAG. De esta manera, el de presunción de veracidad, con el mismo nombre en el inciso 1.7; el de eliminación de exigencias y formalidades innecesarias, como principio de simplicidad en el 1.13 (además de en el artículo 44, ya en el Título II) y el de participación de los ciudadanos, también bajo el mismo nombre en el 1.12¹⁵.

En el caso de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, es interesante notar que en sus primeros artículos (aún vigentes) se establecen varios lineamientos económicos distintos de los que había seguido el Perú hasta inicios de esa década; lineamientos que luego integrarían la parte económica de la Constitución de 1993. Así, por ejemplo, el artículo 2 indica que «el Estado garantiza la libre iniciativa privada», y añade, de manera concordante con los artículos 58 y 61 de la actual Constitución, que «la Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica». En artículos sucesivos, se señala al Estado como garante del pluralismo económico, se elimina «toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales» y se establece el requisito de ley formal para la procedencia de las expropiaciones (tal como en el actual artículo 70 de la Constitución).

La Ley en cuestión se promulga en el marco de las facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para —entre otras cosas—, como indica su prólogo, «crear las condiciones necesarias para la inversión privada en los diferentes sectores productivos». En ese sentido, la norma es parte del esfuerzo emprendido en ese periodo para reformar el Estado y la economía en un sentido afín a la tendencia desreguladora y desburocratizadora del momento¹⁶.

15 En línea con lo aquí planteado, Bustamante Belaunde señala que «sin duda, el texto transcrito [el texto de la LPAG] replicó una magnífica herencia de la Ley 25035, Ley de Simplificación administrativa, que revolucionó, en su momento, el ordenamiento administrativo del país» (Bustamante, 2009, p. 62).

16 Aquello se ve claramente en su prólogo al afirmarse «que es necesario consolidar el programa de Reformas Estructurales de la economía que ha emprendido el Gobierno, motivo por el cual resulta pertinente expedir una Ley Marco que contenga las disposiciones requeridas para el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía». Se prosigue señalando «que para cumplir con dicha finalidad resulta indispensable eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada, restando competitividad a las empresas privadas, la que es esencial para una exitosa inserción en el mercado internacional. Se indica finalmente «que, asimismo, es necesario dictar disposiciones que otorguen seguridad jurídica a los inversionistas». El sentido de la implementación de los procedimientos de aprobación automática (y de la prefiguración de los principios de la Constitución económica, que luego inspirarían a la LPAG) no podría quedar más claro.

Estos esfuerzos se consolidan con la promulgación de la Constitución de 1993, en la que el mismo gobierno que promulgó la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada participa con amplia mayoría. Dos de los firmantes de dicha norma, de hecho, son parte del Congreso Constituyente Democrático: Victor Joy Way y Jaime Yoshiyama (este último, como presidente del órgano). De más está decir que la LPAG se inspira por los principios de la Constitución vigente.

5.1.2. Socioeconómico.

¿A qué se debe el impulso simplificador y desregulador del que forma parte la introducción en el ordenamiento del mecanismo de la aprobación automática? Eran dos los principales problemas económicos —relacionados, por cierto, entre sí— a los que se enfrentaba el país en ese momento: contracción económica e informalidad.

Lo primero es relativamente sencillo de explicar: A partir de 1974, la economía experimentó una larga e intensa contracción. Habiendo crecido durante los primeros años de la década, en la segunda mitad el PBI decreció alrededor de 0,5 %. Durante la primera mitad de la década de 1980 se siguió contrayendo, esta vez 2 %. Para la segunda mitad de la década, el decrecimiento aumentó 4 % más. En los años de 1988 y 1990, la caída alcanzó la brutal cifra de 30 %. Para 1991, la economía había retornado a sus niveles de 1960, desperdiciando treinta años. (Rivera, 2014, pp. 142-143).

Es en este contexto en que se expiden las leyes que arriba se comentan y en el que el gobierno recién entrado en funciones se propone —en el citado prólogo del Decreto Legislativo 757— «expedir una Ley Marco que contenga las disposiciones requeridas para el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía».

En el plano global, estas reformas fueron parte del Consenso de Washington, el conjunto de medidas impulsadas por el Banco Mundial para reducir el tamaño estatal y volver a la ortodoxia económica tras la tendencia keynesiana de las décadas del setenta y ochenta. Era una reacción ante la combinación de estancamiento económico y la inflación monetaria (que se dio por llamar «estanflación») producida en estas (Fukuyama, 2004, pp. 17-20). La historia en el plano nacional y mundial iba más o menos en el mismo sentido, con la salvedad de que acá los extremos se vivieron con mayor intensidad.

Lo segundo, la informalidad, supone una situación más compleja. Situación, de hecho, cuya complejidad llevó a que por décadas no se supiera cómo abordarla. Matos Mar nos dice que este fenómeno surge con las migraciones del campo a la capital iniciadas a mediados de la década de 1940. Inicialmente, se produce respetando los patrones existentes y siguiendo los planes de expansión municipal. Sin embargo, ni la ciudad ni el sistema legal estaban preparados para recibir las cantidades de personas que llegaban a ella, de manera que incluso desde la década de 1950 se producen las primeras «rupturas de la legalidad tradicional». Para ese entonces, sin embargo, el problema era aún germinal; a partir de la década siguiente empezaría a verse con mayor nitidez (Matos Mar, 2004, pp. 76-77 y 80).

La necesidad más inmediata para los migrantes era tener un lugar donde vivir: Según demostró el Instituto Libertad y Democracia (ILD), acceder formalmente a la propiedad inmobiliaria urbana para fines de vivienda a partir de un terreno eriazos propiedad del Estado a inicios de la década de 1980 (en pleno clímax del problema) tomaba nada menos que 83 meses, casi 7 años (De Soto, 2009, p. 170). Así las cosas, como indica Matos Mar (2004), al migrante le quedaban «dos opciones: someterse al sistema legal imperante aceptando la falta de techo o violentar los límites del sistema establecido» (p. 77).

Además de dónde, las personas necesitan encontrar de qué vivir: La baja capacidad económica y productiva del país (en particular a partir del desmontaje de su estructura productiva a inicios de la década de 1970) llevó a muchas a auto emplearse. También para ello encontraron barreras absurdas. Un experimento conducido por el ILD en el verano de 1983 mostró que constituir formalmente un pequeño taller textil en una zona industrial de Ate requería 289 días y 1231 dólares, el equivalente a 32 sueldos mínimos de ese entonces. (De Soto, 2009, pp. 167-168).

La experiencia, además de «confirmar cuán equivocados estaban los que decían que el Derecho no ocasiona ningún problema», «reveló de paso, la perfecta inutilidad de todo el procedimiento porque, a pesar de los doscientos ochenta y nueve días y las once licencias necesarias, en ningún momento las autoridades pudieron descubrir que se trataba de una simulación» (De Soto, 2009, pp. 169).

Similar era la situación en el comercio. Eran dos las vías para dedicarse a esta actividad formalmente: abrir una tienda o (para el caso de las agrupaciones de comerciantes) formar un mercado. Lo primero, alquilar un local, requería trámites por 43 días a un costo de 591 dólares, 15 sueldos mínimos de la época. Lo segundo, formar un mercado, tomaba un promedio de 17 años, por lo que solo era logrado por agrupaciones de comerciantes que habían sido largo tiempo informales. La venta ambulatoria estaba, en principio, prohibida (De Soto; 2009, pp. 89-123, 176-179).

La primera reacción del Estado ante la informalidad fue reprimir. Se produjeron así violentos desalojos de invasiones y enfrentamientos con los ambulantes buscando erradicarlos. Sin embargo, aquello resultó imposible. A nivel del comercio ambulatorio, solo se logró que los ambulantes cambiaran sus horarios o ubicaciones, o que estacionaran sus carretillas en playas de estacionamiento o parquímetros para no poder ser desalojados.

En lo relativo a las invasiones, se escaló a niveles de violencia que prefirieron luego evitarse. La ineficiencia del sistema legal se vio evidenciada en este último campo cuando el propio Estado debió recurrir a las invasiones. En 1984, la Municipalidad de Lima buscaba implementar un proyecto de viviendas en Huaycán. Sin embargo, el procedimiento burocrático era interminable, por lo que el propio ministro de Vivienda aconsejó al alcalde Barrantes proceder a la invasión. La oficialidad echaba mano así de la normatividad extralegal, por estar mejor adaptada a la realidad (De Soto, 2009, pp. 75-88 y 96-111).

El derecho tenía que cambiar y ello fue lo que empezó a ocurrir a fines de los ochenta y principios de los noventa. Matos Mar fue profético cuando afirmó en 1984 que el Perú oficial no tendría la posibilidad de imponer nuevamente sus condiciones. Tendría que «aceptar los términos de la nueva formalidad que las masas tienen en proceso de elaboración espontánea» (Matos Mar, 2004, p. 108).

5.2. Funcionalidad socioeconómica

¿Cómo debía cambiar el derecho? ¿De qué manera ayudó la implementación del mecanismo de la aprobación automática a afrontar los problemas mencionados? De Soto indicaba que la formalidad tiene dos tipos de costos: de acceso y de permanencia. Los primeros son los que se acaban de ver, relativos a los trámites para obtener el permiso o licencia necesarios para empezar a operar formalmente. Los segundos, los que se requieren para mantenerse operando formalmente. Entre estos últimos distingue entre costos directamente impuestos por la legislación (tributos, regulaciones, tarifas por servicios públicos) y costos indirectamente impuestos

por las instituciones legales (derivados, básicamente, del mal funcionamiento del sistema legal y de los mecanismos que ofrece la formalidad) (De Soto, 2009, pp. 183-184).

Los costos de acceso se refieren en muy buena cuenta a procedimientos administrativos. La implementación del mecanismo de la aprobación automática, en este sentido, sirvió enormemente para posibilitar su reducción, en tanto a través de ellos el administrado accedía automáticamente a la formalidad. Este mecanismo, sin embargo, también tiene notable importancia para el segundo tipo de costos.

Al averiguar la magnitud de los costos de permanencia impuestos por la legislación, el ILLD descubrió que, para una pequeña empresa industrial, representaban en la década de 1980 «el 347.7 % de sus utilidades después de impuestos y el 11.3 % de sus costos de producción». El 72 % de estos eran costos legales no tributarios. Más gráficamente, «por cada 100 dólares de excedente ganados y potencialmente convertibles en utilidades, las empresas solo disponen de 23.30 y dedican 76.70 a conservar su formalidad». De estos, «59,40 se usan para pagar costos no tributarios» (De Soto, 2009, p. 184).

Parte de los costos no tributarios eran los costos burocráticos que las empresas «tienen que asumir por los trámites administrativos que exige su formalidad». Estas dedicaban «aproximadamente el 40 % del total del tiempo de todos sus empleados administrativos a satisfacer las tramitaciones impuestas por el Estado» (De Soto, 2009, p. 184). Con ello se entiende cómo la implementación de procedimientos de aprobación automática también permitió reducir costos de permanencia.

Sirve, también, para explicar cómo el mecanismo de la aprobación automática se relaciona con el crecimiento económico. Los elevados costos de hacer y mantener negocios tienen dos posibles consecuencias: que estos se realicen en la formalidad o que simplemente no se realicen. Las consecuencias de esto último son bastante obvias: se pierde la oportunidad de generar riqueza, impuestos y puestos de trabajo. Las consecuencias de lo primero, por su parte, tienen que ver con los costos de la informalidad, en la que inevitablemente se es menos productivo.

Ser informal implica dos consecuencias: tener que evitar a la ley y perder los beneficios que las instituciones legales ofrecen. Evitar a la ley, entre otras cosas, implica no crecer más allá de determinado punto en el que se empieza a ser demasiado visible, renunciar a determinadas formas de publicidad y buscar operar encubiertamente. Mientras esto último genera costos directos, lo primero implica poner un techo al crecimiento de las empresas, generando así consecuencias similares a las de su no creación (desaprovechamiento de la oportunidad de crear riqueza, impuestos y empleos) y, adicionalmente, el desaprovechamiento de las economías de escala (De Soto, 2009, pp. 186-192).

Perder los beneficios que las instituciones legales ofrecen, por otra parte, implica falta de derechos de propiedad debidamente protegidos y desaprovechamiento del sistema contractual protegido por el derecho. Ambas consecuencias generan una enorme inseguridad jurídica. La primera, además, limita la posibilidad de los informales de acceder a créditos bancarios o encarece el eventual acceso a estos, en tanto no tienen como garantizarlo. Y la segunda, a su vez, lleva a que los informales limiten su campo de contratación solo a aquellos a quienes tienen confianza o sobre quienes tienen capacidad de ejercer presión social (De Soto, 2009, pp. 192-206). Todo esto, es obvio, repercute negativamente en el crecimiento económico.

Además de facilitar la formalidad y promover el crecimiento, puede entenderse que los procedimientos de aprobación automática también sirvieron para facilitar la recepción de

la normatividad extralegal de los informales en el ordenamiento estatal. A lo largo de *El otro sendero*, se habla de un orden normativo creado por los informales para regular sus relaciones ante la marginación en que se encontraban respecto del sistema legal oficial. Esta normativa extralegal es la que les serviría para delimitar la propiedad en los pueblos jóvenes y hacer cumplir los contratos entre ellos, por ejemplo. Matos Mar (2004) apuntaba en el mismo sentido al hablar de «los términos de la nueva formalidad que las masas tienen en proceso de formación espontánea» (p. 108).

La extralegalidad es conceptualmente distinta de la ilegalidad, en tanto que en el planteamiento de De Soto los informales buscan esencialmente lo mismo que los formales (derechos de propiedad, seguridad jurídica), aunque deban usar otros medios para ello. Sin embargo, la normatividad extralegal puede colisionar con la oficial, como ocurrió en lo relativo a los desalojos y a los enfrentamientos de la Municipalidad con los ambulantes¹⁷. Fruto de esta incompatibilidad de ordenamientos jurídicos¹⁸ se produjeron situaciones de tensión y de violencia que no lograban dar soluciones a los problemas.

Ya se vio que la primera solución a ello, tras fracasar la represión, fue la tolerancia, pasándose a una coexistencia tensa entre los ordenamientos incompatibles. Puede entenderse que el mecanismo de la aprobación automática ayudó a reducir esta tensión y esta incompatibilidad al permitir que los derechos adquiridos en la extralegalidad, en la medida en que no sean ilegales, se formalicen e incorporen al ordenamiento oficial a través de procedimientos simples y rápidos. De esta manera, habría operado haciendo algo más permeable el —hasta entonces cerrado— contorno del ordenamiento legal estatal.

Es interesante notar cómo del estudio de esta problemática surge en los ochenta la propuesta de implementar procedimientos de aprobación automática. Hernando de Soto ya hablaba en 1986 de lo útil que sería que «en lugar de cumplir con requisitos previos (*ex ante*) para realizar una acción», estos sean «controlados después (*ex post*), para saber si [se] están cumpliendo las exigencias de la ley». Se refería a esto como «control a través de resultados y no del papeleo previo» (De Soto, 2009, p. 284).

En esta misma línea apuntaban los cuadernos de trabajo «*La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*» y «*Estado mercantilista: economía informal y reformas institucionales*», publicados por el ILD, en 1989, a cargo de sus investigadores Alberto Bustamante, Alfredo Ostoya y Ana Lucía Camaiora. Ahí se explicaba que la propuesta del mecanismo de aprobación automática se inspiraba en las reformas administrativas norteamericana y brasilera, y buscaba una relación distinta entre la administración y el ciudadano basada en el principio de veracidad. La fundamentación del mecanismo, similar a la que ha sido arriba mencionada, añadía que «este método de intervención estatal aseguraría que no emerja lucro cesante como consecuencia de la intervención estatal» (Bustamante, Ostoya y Camaiora, 1989, pp. 22-24)¹⁹.

17 Matos Mar (2004) conceptualizaba este fenómeno como un enfrentamiento del «Perú Oficial» con «el desborde multitudinario de las masas, que se organizan y rebasan toda capacidad de control por parte de los mecanismos oficiales, creando las bases de una emergente estructura paralela» (p. 105).

18 Tomamos acá como base la teoría de los espacios sociales semiautónomos de Moore, según la cual los ordenamientos normativos se producen en los espacios sociales en general —sin que estos sean necesariamente organizados—, pudiendo colisionar con el derecho estatal. Al respecto, véase Guevara (2009, pp. 36-39).

19 Véase Bustamante Belaunde (1989).

En ese mismo año, 1989, se aprobaría la Ley de Simplificación Administrativa, que había sido propuesta en el primero de los mencionados documentos. Con ella, se introducían los procedimientos de aprobación automática.

Actualmente -en parte, por los mencionados problemas en la aplicación de la figura-, pese a haberse reducido, la informalidad sigue abarcando a un 72 % de la PEA (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017, pp. 49-67). En este contexto, los objetivos por los que se introdujo la figura analizada se mantienen vigentes.

6. Razón de ser de la figura

Como se puede ver en función de lo dicho en este capítulo, los procedimientos de aprobación automática se crearon para reducir la carga burocrática y simplificar las relaciones entre los ciudadanos y la administración, con la conciencia de que esto serviría para fomentar la formalidad y el crecimiento. Estos objetivos, en el contexto actual, mantienen relevancia. Los principios y lineamientos de las leyes que dieron origen a los procedimientos de aprobación automática, asimismo, fueron incorporados a la LPAG y a la Constitución de 1993, mantenido de esa manera su vigencia y sirviendo hoy para interpretar la aplicación de estos procedimientos.

Ahora se puede entender también de qué manera la LPAG, surgida en el marco de la Constitución de 1993, permite a través de los procedimientos de aprobación automática realizar varios principios de esta. Así, optimiza las libertades de comercio, trabajo e industria (art. 59) al remover trabas que de otra manera se impondrían a través de los requisitos que demanda la evaluación previa. Trabas que, como se ha visto, pueden impedir que la actividad se realice u obligar a que se desarrolle en la informalidad, no ejerciéndose estas libertades sino de manera acotada y disminuida.

Optimiza también la libre competencia buscada por artículo 61. El mecanismo de aprobación automática, como se ha visto, sirve para remover trabas de acceso al mercado. La existencia de estas supondría que solo puedan mantenerse en él las empresas con mayor capacidad económica o con mejores contactos en las entidades fiscalizadoras. Esto haría que el éxito empresarial se defina por criterios distintos a la satisfacción del interés de los consumidores, rompiendo la adecuada respuesta de estas a la demanda. Son trabas que supondrían, en suma, un escenario de mayores precios y menor calidad²⁰.

Finalmente, al ahorrar costos al Estado y contribuir con el crecimiento, la formalización, el correcto funcionamiento del mercado y la generación de riqueza, impuestos y empleo, el mecanismo de aprobación automática optimiza bienes constitucionales relativos a la promoción del empleo, a la prestación de servicios sociales por parte del Estado y a la defensa de los consumidores (arts. 58 y 65 de la Constitución)²¹. También el acceso al empleo -señalado por el TC como parte del contenido del derecho al trabajo²²- se vería optimizado.

Todo esto debe considerarse cuando, al calificar procedimientos en los TUPA, se pondere para determinar si la afectación que generarían los requisitos de la evaluación previa es razonable y proporcional a los fines que esta lograría.

20 De alguna manera, De Soto (2009a) apunta en este mismo sentido al hablar de las consecuencias de los elevados costos de permanencia (p.185).

21 El empleo crece y mejora su calidad al crecer la economía y reducirse la informalidad. Los servicios asistenciales del Estado pueden prestarse más y de mejor manera gracias al aumento en los impuestos (por el crecimiento y formalización) y al ahorro que genera al estado evaluar menos procedimientos.

22 STC 1124-2001-AA.

7. Lineamientos para la calificación de procedimientos

A partir de todo lo desarrollado, resulta posible ordenar el razonamiento que debería seguirse para calificar procedimientos, estableciendo el *iter* que este debería recorrer y los criterios a tomar en cuenta. Debe empezarse —aunque parezca ocioso indicarlo— por determinar si lo que se tiene es, en efecto, un procedimiento administrativo. A partir de ahí, la norma puede ofrecer una respuesta clara si el supuesto calza con uno de los que prevé como afectos a regularse según la aprobación automática (o según el silencio negativo).

De no estar ante un supuesto explícitamente previsto, corresponderá —conforme lo exige el ordenamiento— ponderar si las cargas que impone al administrado la evaluación previa son razonables y proporcionales. De ser así, corresponderá —no estando el supuesto entre los taxativamente estipulados para sujetarse al silencio negativo— su regulación por silencio administrativo positivo. De no justificarse las trabas, por otra parte, corresponderá que el procedimiento —en la medida en que no se colisione con alguno de los límites puestos por la norma— se regule según el régimen de aprobación automática.

Se mantiene, a lo largo test propuesto, la requerida opción preferente por este tipo de procedimientos (ver capítulo IV, sección 1.1.). Funcionan estos —en tanto los más favorables a los derechos del administrado y en tanto así es exigido normativamente— como el supuesto base, que se puede cambiar si la situación lo justifica debidamente. Se procede así en conformidad con lo que el ordenamiento requiere²³ y con lo que a los parámetros de la idea de Estado constitucional de derecho correspondería.

7.1. ¿Es un procedimiento administrativo?

Maraví Sumar (2007) señala que «los procedimientos administrativos son aquellos en los que se requiere de un pronunciamiento de la Administración, de una aprobación por parte de esta, ya sea antes o después de la fiscalización» (pp. 207-211).

La LPAG, por su parte, los define como el «conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo» (art. 29), siendo los actos administrativos «las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta» (art. 1).

Morón Urbina (2011) añade que «el concepto acto administrativo no solo se manifiesta en la decisión constitutiva de la resolución del procedimiento, también denominado acto administrativo final, sino que a lo largo del procedimiento se van sucediendo diversos actos administrativos» (p. 117-118).

En los TUPA se incluyen los procedimientos iniciados a instancia de parte y los servicios prestados exclusivamente por la entidad (art. 42 LPAG). Estos últimos, sin embargo, no son procedimientos administrativos: no buscan a un pronunciamiento o aprobación de la entidad ni dan lugar a acto administrativo alguno (tienen, al decir de Morón, una naturaleza más cercana a lo contractual). Se los incorpora en los TUPA con objetivos de control. Debido a que no son procedimientos, no se los puede calificar ni como de aprobación automática ni como de evaluación previa (Morón Urbina, 2011, p. 240-244) (Maraví Sumar, 2009, pp. 199-200).

23 Opina en línea similar Morón Urbina (2011, pp. 226-227).

Si el trámite analizado no es un procedimiento administrativo, no corresponde continuar con este examen. Si lo es, procede pasar al siguiente punto (donde empieza realmente la evaluación). Si bien podría estar de más llevar a cabo este primer paso, la experiencia —como se verá en el siguiente subcapítulo— muestra casos en los que servicios prestados por la Municipalidad son calificados como procedimientos.

7.2. ¿Cae en alguno de los supuestos previstos explícitamente por el ordenamiento?

La evaluación será más breve y sencilla si el procedimiento calza con uno de los dos supuestos explícitamente previstos por la LPAG (art. 32) para regularse por aprobación automática:

- Inscripción en registros administrativos
- Habilitación de derechos preexistentes en el administrado —a través de «licencias, autorizaciones, constancias y copias certificadas o similares»— que no afecte derechos de terceros.

Lo mismo ocurrirá si la coincidencia se da con alguno de los supuestos previstos por la norma para regularse según el silencio administrativo negativo (art. 37, LPAG):

- Casos en los que la petición del administrado puede afectar significativamente el interés público e incida en la salud, el medioambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio cultural de la nación
- Procedimientos de promoción de inversión privada
- Procedimientos bilaterales
- Procedimientos que generen obligación de dar o hacer del Estado.
- Autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas
- Procedimientos por los cuales se transfiere facultades de la Administración Pública e inscripción registral de estos

Será así, también, si se está ante supuestos de materia tributaria y aduanera, cuya regulación es reservada a las normas especiales (art. 37.3, LPAG). Y lo mismo, finalmente, si se está ante «recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo», el único supuesto explícitamente previsto como tal para la aplicación del silencio positivo (art. 34.1, LPAG).

Queda, sin embargo, un espacio abierto para la habilitación de derechos preexistentes que sí pueda afectar los derechos de terceros. También, posiblemente, para los permisos cuyos objetos no estén previstos entre los supuestos del silencio negativo y para los casos en los que la petición del administrado, pudiendo afectar los bienes jurídicos mencionados en el primer punto, no suponga un riesgo de hacerlo «significativamente»²⁴. Estos supuestos, en principio,

24 Incluso para buena parte de los supuestos que sí se prevén explícitamente habría cierta indeterminación, pues el último inciso del artículo 37 indica que «las autoridades quedan facultadas para calificar de modo distinto en su TUPA los procedimientos administrativos señalados», salvo dos excepciones, a saber: «los procedimientos bilaterales y los que generen obligación de dar o hacer del Estado, cuando aprecien que sus efectos reconozcan el interés del solicitante, sin exponer significativamente el interés general».

podrían alternativamente regularse o por el silencio administrativo positivo o por la aprobación automática.

¿Deberían en estos casos aplicarse inmediatamente las barreras de la evaluación previa? Como se sugirió en el anterior subcapítulo, la respuesta coherente no solo con el Estado constitucional de derecho, sino con lo exigido por el ordenamiento, sería que no. En efecto, la LPAG requiere presumir la veracidad de la documentación presentada por los administrados y privilegiar los controles posteriores (art. IV, incisos 1.7 y 1.16). Exige también que los requisitos exigidos sean «racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir» y que se mantenga «la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido» (art. IV, incisos 1.4 y 1.13).

Por tanto, en estos casos corresponderá ponderar —considerando criterios de razonabilidad y proporcionalidad— la protección de intereses sociales que generaría imponer las cargas de la evaluación previa y la optimización de derechos que permitiría la aprobación automática. Máxime cuando los principios de la LPAG, además de sustento de las reglas planteadas por esta, son criterios interpretativos de las mismas y parámetros para suplir los vacíos del ordenamiento (art. IV, numeral 2).

7.3. ¿Se justifican las cargas de la evaluación previa?

7.3.1. Idoneidad.

Habiendo llegado a este punto del examen, se tiene que hay del otro lado derechos o bienes jurídicos que proteger; en tanto que podrían verse afectados por la aprobación automática de lo solicitado. Corresponde ante ello, en primer lugar, evaluar si imponer las trabas que supone la evaluación previa sirve para ello. Esto es, si la revisión *ex ante* del cumplimiento de lo exigido es útil para prevenir los daños que podrían generarse de no ocurrir el mismo.

7.3.2. Necesidad.

Las trabas que supone la evaluación previa deben, además, ser necesarias para proteger los derechos o bienes jurídicos en cuestión. Esto es, no deben tener alternativas menos lesivas e igual de eficientes para lograr el fin propuesto (Landa, 2010, p. 26). Al respecto, debe considerarse que la fiscalización posterior permite certeza y un mayor conocimiento de la afectación que el control *ex ante*, que condiciona y suspende la actividad por la mera probabilidad de una afectación. Siendo una alternativa más gravosa, la evaluación previa deberá necesariamente ser más efectiva para pasar esta subetapa de la evaluación.

Tenderá en principio a serlo, en tanto la no realización de la actividad elimina cualquier posible riesgo asociado a esta. Sin embargo, impedir que se lleve a cabo una actividad privada lícita por regulaciones administrativas lleva muchas veces en la práctica a su realización informal. La experiencia del país, como se ha descrito párrafos arriba, lo muestra largamente. Esta actividad, de transcurrir en la informalidad, se realizará sin estar sujeta a la fiscalización posterior que recaería sobre ella si hubiera sido aprobada automáticamente, y sin que la administración tenga sobre esta la información que, de otro modo (en el procedimiento de aprobación automática), le hubiera sido proporcionada.

7.3.3. Proporcionalidad.

Las trabas impuestas por la evaluación previa, en tercer lugar, deben permitir una protección mayor a la afectación que implica suspender y dificultar la realización de una actividad a la que el administrado, en principio, tiene derecho²⁵ (o que, en caso se abarquen los permisos no mencionados entre los supuestos afectos al silencio negativo, pertenece de cualquier forma a la esfera privada).

Para determinar la proporcionalidad, creemos posible extrapolar, por su utilidad para ordenar el razonamiento, lo que la teoría constitucional de la ponderación propone para otros contextos. La evaluación por esta formulada considera la afectación/optimización del derecho en el caso concreto, su peso abstracto, y la certeza de que ello ocurra (Bernal Pulido, 2005, pp. 24-25)²⁶. Los tres elementos pueden abordarse con lo trabajado previamente.

La afectación en el caso concreto tendrá que ver con las consecuencias económicas y sociales de la calificación, abordadas en el subcapítulo de análisis funcional y en el relativo a la razón de ser del mecanismo.

Del lado de los derechos y bienes jurídicos que se verían afectados por las cargas de la evaluación previa están (presentándose unos u otros en función del caso concreto) la reducción de los costos de la formalidad, las libertades de comercio, trabajo e industria (art. 59 Const.), la libre competencia (art. 61 Const.), la promoción del empleo (art. 58 Const.), la prestación de servicios sociales por parte del Estado y la defensa de los consumidores (art. 65 Const.).

Del lado de los intereses protegidos por el sometimiento del procedimiento a evaluación previa -variando igualmente según el supuesto de que se trate-, se tendrá en algunos casos la resolución de asimetrías informativas -relacionándose también con la defensa de los consumidores- y en otros la protección de bienes públicos o de titularidad difusa.

El peso abstracto de los derechos, por su parte, puede determinarse por los objetivos de la figura y de los principios que la inspiran, así como por las intenciones del legislador y el constituyente responsables de una y otros. Todo esto se analiza en el capítulo precedente, viendo que con la aprobación automática —entre otras figuras— se buscaba hacer frente a un contexto de contracción económica e informalidad desbordada, haciendo más accesible la formalidad y más eficiente el Estado a través de la simplificación administrativa. Se buscaba también realizar los principios del capítulo económico de la Constitución, inspirados por la economía social de mercado.

La certeza de la afectación, finamente, puede abordarse tomando en cuenta la consideración mencionada previamente sobre la limitación del conocimiento que se tiene respecto de los potenciales efectos de permitir la realización de la actividad a aprobarse. En efecto, se está en este ejercicio de ponderación comparando una afectación segura (las trabas que se impondrán al administrado de exigirse la evaluación previa) contra una posible (la potencial afectación de intereses de terceros en caso el administrado no cumpla los requisitos exigidos).

8. Calificación de procedimientos de aprobación automática en TUPAS

Ya se ha comentado que la determinación de los procedimientos que son de aprobación automática debe realizarla cada entidad en su TUPA. Al respecto, se indicaba que suelen producirse

25 Cuando no imposibilitar dicha realización, como en los casos referidos por el ILD que se describen en el capítulo precedente.

26 Véase Bernal Pulido (2005). Este texto, junto con el anteriormente citado, sirve como orientación en general para esta sección del trabajo.

en ello un número significativo de errores, con una tendencia general a calificar la mayoría de los procedimientos como de evaluación previa sujeta al silencio administrativo negativo (Maraví Sumar, 2007, pp. 210-211).

Maraví Sumar identificaba dos factores como los principales causantes de la situación. En primer lugar, el extendido incumplimiento de algunas disposiciones de la LPAG, debido en parte al desconocimiento o mala comprensión de aspectos de la normatividad vigente. En segundo lugar, «la resistencia burocrática a trabajar sobre la base de la presunción de veracidad y la fiscalización posterior» (Maraví Sumar, 2007, pp. 202-203), debida por un lado a «la falta de un eficiente sistema de control [...] sobre simplificación administrativa» y por el otro a la ausencia de una adecuada fiscalización posterior (Maraví Sumar, 2000, pp. 291-294).

Esta situación produce dos grandes problemas para el caso de la calificación de procedimientos administrativos: la calificación como tales de supuestos que no lo son (generalmente meras remisiones de información o servicios prestados por la entidad) y la calificación bajo un mecanismo que no corresponde (siendo este generalmente el silencio negativo) (Maraví Sumar, 2007, pp.210-211).

A continuación, se revisarán algunas de estas situaciones, no con la finalidad de detectar los problemas y las tendencias en la elaboración de los TUPA del país —lo que excedería al objeto de este trabajo—, sino con el objetivo de ejemplificar en casos puntuales los lineamientos de calificación arriba propuestos. No se busca que los procedimientos elegidos sean representativos de alguna situación nacional, solo que sean explicativos de los criterios que este trabajo plantea.

Se comenzará por casos en los que la calificación fue correcta, para luego pasar a situaciones en las que se califica como procedimientos de aprobación automática a trámites que no constituyen procedimientos administrativos. Luego, se terminará analizando casos en los que los procedimientos que debían ser de aprobación automática fueron calificados como de evaluación previa.

9. Procedimientos de aprobación automática correctamente calificados

9.1. Licencia de Habilitación Urbana: aprobación de proyectos de habilitación urbana con autorización de las obras a ejecutar (modalidad B: con firma de profesional responsable) - Municipalidad Metropolitana de Lima.

Se trata de un procedimiento administrativo que busca la autorización de la Municipalidad Metropolitana de Lima (consistente en un acto administrativo) para obtener un resultado favorable para el administrado que le permita desarrollar la actividad de construcción.

¿Debe esta autorización ser automática? En este trabajo se considera que sí, en tanto calza con uno de los supuestos previstos por la LPAG para regularse de esta manera: «la obtención de licencias [...] que habiliten para el ejercicio continuado de actividades [...] económicas [...] en el ámbito privado, siempre que no afecten derechos de terceros».

La potencial afectación derechos de terceros en tanto este procedimiento parece débil, en tanto el procedimiento se refiere solo a uno de los pasos necesarios para construir formalmente. Entre los requisitos para su aprobación, además, se encuentran procedimientos ya sujetos a evaluación previa, como el certificado de inexistencia de restos arqueológicos o el certificado de zonificación y vías.

Si hubiera, no obstante, que ponderar —en la posibilidad de que la aprobación automática de esta licencia generase potencial afectación de intereses de terceros—, cabría decir que, dadas las exigencias y revisiones previas ya cumplidas, no parece que añadir una revisión más por parte de la Administración vaya a optimizar el cumplimiento de las normativas relativas a construcción en una medida que justifique los costos para la Administración y los administrados.

Sería preferible delegar este tramo de la labor revisora (labor que la Administración ya ha llevado a cabo en los procedimientos previos) al profesional competente y dejar que opere el principio de veracidad. Esto en particular porque la actividad habilitada es una de desarrollo bastante prolongado, siendo fácilmente controlable a través de fiscalización posterior.

9.2. Copias certificadas y/o reproducción de información diversa -Servicio de atención al ciudadano de INDECOPI.

Indica Morón Urbina (2011), como se citaba líneas arriba, que los actos administrativos no solo están presentes «en la decisión constitutiva de la resolución del procedimiento», sino que se van sucediendo a lo largo de este (Morón Urbina, 2011, p. 118).

La reproducción de información «diversa» deja dudas sobre la posibilidad de que se trate de un servicio (se requeriría saber de qué información se habla en cada situación). Sin embargo, la «obtención de [...] copias certificadas que habiliten para el ejercicio continuado de actividades [...] en el ámbito privado» es mencionada expresamente por la LPAG entre los procedimientos a calificarse como de aprobación automática. Cabría entender que, en tanto se ubique en un procedimiento más amplio destinado a habilitar un derecho preexistente, es uno de los actos administrativos distintos de la resolución del procedimiento que se van sucediendo a lo largo de este.

Estando el supuesto explícitamente previsto en la ley, quedaría solo demostrar que la aprobación automática no afecta los derechos de terceros (para que termine de calzar en el artículo 32.4) o que la potencial afectación no justifica la imposición de las cargas de la evaluación previa (resolviendo la cuestión en el tercer paso del test).

No se detectan —salvo mejor parecer— las posibles afectaciones que podría en abstracto generar la entrega de una copia certificada. Del otro lado, sin embargo, están la reducción de trabas administrativas, el ahorro de costos tanto para el administrado como para el Estado y el facilitamiento de la actividad de los particulares.

10. Procedimientos de aprobación automática que no lo son

10.1. Alquiler de maquinaria pesada - Región Huancavelica.

En este supuesto —detectado por Maraví Súmar (2007, p. 211)—, se está ante un trámite indebidamente consignado como procedimiento administrativo sin serlo. Se trata de un servicio prestado por la Municipalidad: el acto jurídico emitido por esta en respuesta a la solicitud tiene una naturaleza más cercana a la aceptación de una oferta contractual que a un acto administrativo, que no tendría la lógica de relación convencional y bilateral aquí presente. Se trata, además, de un trámite indebidamente consignado en el TUPA, en tanto que el servicio no es prestado en exclusividad por la entidad.

No siendo un procedimiento administrativo, no corresponde, como se indicó previamente, su calificación como de aprobación automática o evaluación previa.

10.2. Depósito y guardiana de vehículo en estado de abandono, con signos evidentes de no estar en condiciones de movilizarse - Municipalidad Metropolitana de Lima.

En este supuesto tampoco se pasa la primera etapa del test, en tanto que no se está ante un trámite que pueda ser calificado con las categorías trabajadas. No se trata de un procedimiento a instancia de parte, sino ante un acto propio de un procedimiento sancionador (distinto del procedimiento administrativo general). En este, la Administración procede de oficio a aplicar la técnica de comiso. Tan evidente es que no se trata de un procedimiento a instancia de parte —ni querido por ningún administrado, desde luego— que ni siquiera se consignan los requisitos. Solo se indican, además de la subgerencia competente, la lista de precios en función del tipo de vehículo.

11. Procedimientos de aprobación automática erróneamente calificados como de evaluación previa.

11.1. Registro y reconocimiento de organizaciones sociales no dedicadas a labores de apoyo alimentario del Cercado de Lima - Municipalidad Metropolitana de Lima.

Se está ante un procedimiento administrativo. Para las personas jurídicas, el registro sí es una formalidad indispensable para su conformación, de otro modo serían organizaciones de personas no inscritas. De este modo, el procedimiento en cuestión consistiría en pedir la aprobación de la Municipalidad Metropolitana de Lima para que la organización social empiece a existir como tal.

El supuesto está previsto en la LPAG como correspondiente a regularse según la aprobación automática. «Son procedimientos de aprobación automática, sujetos a la presunción de veracidad, [...] la inscripción en registros administrativos», estipula el ya citado artículo 32.4. Sin embargo, este procedimiento figura en el TUPA como sujeto a evaluación.

No se ve por qué la constitución de una organización dedicada a labores sociales, por no cumplir con determinadas formalidades registrales, atentaría contra contenidos constitucional o legalmente protegidos. Podría —buscando argumentos que defiendan la posición de la Municipalidad— tratarse de una simulación. Sin embargo, las personas jurídicas suponen por definición actividades continuadas en el tiempo, de manera que esta podría ser intervenida por la fiscalización posterior; con mayor certeza que a través del tanteo de la fiscalización *ex ante*.

Si bien no es necesario entrar en la ponderación en sentido estricto, no está de más decir que la evaluación previa impuesta a este procedimiento no solo no aporta ventajas, sino que perjudica a los sectores necesitados de la sociedad, que se verían beneficiados con las actividades de la organización cuya creación se ve dificultada.

11.2. Licencias de funcionamiento: establecimientos con un área de hasta 100 m² - Municipalidad de Miraflores.

Lo comentado supone, efectivamente, un procedimiento administrativo, en tanto que consiste en buscar la aprobación de la Administración para la realización de una actividad. En el presente caso, dicha aprobación está regulada por el silencio positivo. ¿Es pertinente ello?

El supuesto calza, en principio, con la descripción dada por la ley de los supuestos a regularse según la aprobación automática: «obtención de licencias [...] que habiliten para el

ejercicio continuado de actividades [...] económicas [...] en el ámbito privado» (art. 32, inc. 4, LPAG). El caso, de hecho, es muy similar al que se vio líneas arriba, que sin embargo estaba —correctamente— calificado como de aprobación automática.

Lo que problematiza la interpretación de este supuesto es la posibilidad de que afecte derechos de terceros. Como se ha dicho, esto debe resolverse ponderando. La evaluación previa es en principio idónea para asegurar el cumplimiento de las ordenanzas municipales que regulan la actividad comercial. Los requisitos de estas se limitan a solicitar información sobre seguridad, por lo que este sería el bien jurídico protegido.

La justificación para las cargas de la evaluación previa, sin embargo, encuentra problemas en el test de necesidad. Las inspecciones *in situ*, como parte de la fiscalización posterior, podrían dar igual o mayor certeza del cumplimiento o incumplimiento de las medidas de seguridad exigidas que la previa presentación de documentación respecto del futuro cumplimiento de las mismas.

En caso ello, por algún motivo, no fuera sí, correspondería evaluar proporcionalidad. Habría que considerar que poner cargas burocráticas a la actividad económica, según se vio previamente, genera costos tanto para las entidades como para los administrados, desincentiva la formalidad, dificulta el crecimiento, atenta contra la libre competencia y lleva al desaprovechamiento de oportunidades de generación de riqueza, tributos y empleos. Como contraparte a estas afectaciones (entre las que puede haber distintas intensidades), se tendría una optimización leve del bien jurídico Seguridad, protegible de todos modos mediante fiscalizaciones posteriores -que, siendo hechas por la misma entidad, no podrían funcionar mucho peor que las previas-. Se trataría, en este sentido, de una regulación desproporcional.

11.3. Autorización provisional de funcionamiento temporal en la vía pública del Cercado de Lima (comercio ambulatorio/informal, solo en zonas autorizadas) y en campos feriales municipales o privados.

También aquí se está ante un procedimiento administrativo propiamente dicho, que busca una declaración autorizante de parte de la Administración. En este caso, sin embargo, es regulado bajo el silencio negativo. ¿Esta limitación se justifica? En este trabajo, se considera que no. Puede verse que no encaja en ninguno de los supuestos que la ley prevé para ser regulados excepcionalmente por esa figura (art. 37, LPAG). En tanto los supuestos del silencio negativo son taxativos, la figura solo podría regularse por aprobación automática o por silencio positivo.

¿Cuál de las dos posibilidades corresponde? Como se decía del caso anterior; este supuesto, en principio, encaja dentro de lo previsto por la LPAG para la aplicación del mecanismo de evaluación previa, en tanto autorización solicitada por particulares para actividades económicas privadas.

No queda claro -como es usual- si podría afectar los derechos de terceros. De existir la posibilidad, habría que evaluar proporcionalidad. La única información requerida en el procedimiento, de la forma en que está regulado, es la inscripción en el padrón municipal, particularmente inútil para una evaluación previa que pretenda anticiparse a posibles conductas indeseables del ambulante (que de todos modos no se tiene forma de saber si realizará).

Asumamos, sin embargo, que una exigencia diversa sí permitiría pasar el *subtest* de idoneidad. Sobre la necesidad, habría que conservar que la evaluación previa resulta acá, donde no se inspecciona un local, menos útil que en el caso anterior y menos útil además que la fis-

calización posterior; que sí permitiría conocer lo que realmente están haciendo los vendedores ambulantes.

No es necesario llegar a la ponderación en sentido estricto, pero puede hacerse aquí por fines explicativos. Habría que considerar, para esta, que los costos a la formalidad, a la Administración y a la sociedad en general que impone la evaluación previa no se justifican por regular una actividad en principio legal y de poco probable lesividad, que además puede controlarse bien a través de la fiscalización posterior:

A ello se suma que la manera en que la Municipalidad Metropolitana de Lima regula el supuesto que se comentó es contraria al propio sentido de la figura legal y de la norma. Los mecanismos de aprobación automática, como se vio, se crean para facilitar el desarrollo de la actividad económica en la formalidad, precisamente tras una experiencia de restricciones al comercio ambulatorio que mostraron ser contraproducentes. Estos fines de incorporar a las mayorías nacionales a la legalidad oficial (en un contexto donde, siendo informal el 72 % de la PEA, aun es necesario) se transmiten a la LPAG tanto por vía directa de sus antecesoras (de las que toma las figuras y los principios) como a través de la Constitución del 93.

12. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, se ha buscado establecer pautas útiles para la calificación de los procedimientos de aprobación automática. Criterios que ayuden a entender el sentido que tienen en el ordenamiento, los fines con los que fueron incorporados a este y su funcionalidad socioeconómica.

En un primer análisis de corte sistemático se vio que existe en el ordenamiento una opción preferente por los procedimientos de aprobación automática, sustentada tanto en los principios constitucionales de libre iniciativa privada y libre competencia que este mecanismo ayuda a optimizar como en los principios legales de veracidad, privilegio de controles posteriores, simplicidad y celeridad. Estos, a su vez, desarrollan los principios constitucionales mencionados y, por previsión del segundo inciso del artículo 4 del título preliminar de la LPAG, informan el ordenamiento administrativo.

Además de ver que goza de una opción preferente, en el análisis sistemático se constató que el mecanismo de la aprobación automática debe aplicarse tomando en cuenta las herramientas del test de razonabilidad y proporcionalidad y el análisis costo-beneficio. Así, la calificación no podrá limitarse al artículo 32 de la LPAG, sino que deberá considerar los principios que este desarrolla y la funcionalidad socioeconómica que sigue.

En el análisis histórico, se vio que la LPAG se nutre de sus antecesoras, la Ley de Simplificación Administrativa de 1989 y la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada de 1991. Esto ocurre tanto directa como indirectamente.

La influencia se da, directamente, por la recepción por parte de la LPAG de los mecanismos y principios incorporados en estas normas previas, varios de ellos puestos expresamente en la ley hoy vigente. Indirectamente, opera a través de la Constitución de 1993, que fue prefigurada en sus aspectos económicos por la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada y que, obviamente, inspira hoy a la LPAG.

En este sentido, corresponde interpretar la LPAG y en particular la calificación de los procedimientos administrativos de aprobación automática según las ideas de simplificación administrativa y fomento de la inversión privada que le dieron origen.

Se vio también, en los aspectos sociales del análisis histórico, que el mecanismo de la aprobación automática surge buscando hacer frente a los problemas de contracción económica e informalidad que enfrentaba el país a fines de la década de 1980. Esto, en conjunción con la persistencia -si bien aminorada- del fenómeno de la informalidad, abona a lo que se indicaba líneas arriba sobre la necesidad de interpretar la figura considerando los objetivos que se tenía de hacer frente a esta situación. Y, más ampliamente, la opción por la economía social de mercado, que abarca tanto a las normas mencionadas como la Constitución económica.

Finalmente, en el análisis funcional se entendió el modo en que el mecanismo de la aprobación automática genera condiciones favorables al crecimiento económico y reduce los costos de la formalidad. A ello se añadió la explicación de cómo optimiza los bienes constitucionales de libre competencia, acceso al empleo y prestación estatal de servicios sociales; además de ahorrar costos al Estado. Todo ello permite entender mejor el fin con el que dicha figura fue incorporada en el ordenamiento y conservada en la LPAG. Sirve también para conocer lo que está en juego cuando se pondera para calificar procedimientos administrativos.

Integrando todo lo previamente analizado, resultó posible elaborar lineamientos para la correcta calificación de los procedimientos de aprobación automática. Se propone empezar por verificar que el trámite incluido en el TUPA sea, efectivamente, un procedimiento administrativo. A partir de ahí, sigue evaluar si el procedimiento calza en algunos de los supuestos expresamente previstos por la Ley para la aprobación automática o —definiendo negativamente el ámbito de esta— para el silencio positivo, el silencio negativo o normas especiales.

En caso el procedimiento analizado esté en el espacio dejado entre estas previsiones, corresponde finalmente ponderar tomando en cuenta las particularidades del caso. Estas se relacionan tanto a los pesos abstractos de los derechos en juego (dados por los análisis teológico e histórico) como a la forma en que suelen darse las afectaciones y optimizaciones concretas (explicada en el análisis funcional), además de a la diferencia de certeza que ofrecen los controles *ex ante* y *ex post*.

REFERENCIAS

- Bernal Pulido, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En E. Cáceres, I. B. Flores, J. Saldaña y E. Villanueva, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: UNAM.
- Brewer-Carías, A. (2011). La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (ley 27444). *Derecho PUCP*, (67), 47-76.
- Bustamante Belaunde, A. (1989). *Estado mercantilista: economía informal y reformas institucionales*. Lima: Instituto Libertad y Democracia.
- Bustamante Belaunde, A. (2009). Análisis del título preliminar: En Maraví Sumar, M. (Comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: libro en homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde* (pp. 17-124). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Congreso del Perú. (1989). Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Congreso Constituyente democrático. (1993). Constitución Política del Perú.
- Danós, J., Morón, J. C., y Ochoa, C. (2007). Mesa redonda: La nueva Ley del Silencio administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (3), 285-296.
- De Soto, H. (2009a). *El misterio del capital: por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*. Lima: Norma.
- De Soto, H. (2009b). *El otro sendero: la respuesta informal a la violencia*. Lima: Norma.
- Espinoza-Saldaña, E. (2011). Principios del procedimiento administrativo: un balance crítico respecto de lo previsto en la Ley 27444. En V. Baca y D. Zegarra, *La Ley del Procedimiento Administrativo General: 10 años después* (pp. 279-288). Lima: Palestra.
- Fukuyama, F. (2004). *La construcción del Estado: hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI*. Barcelona: Ediciones B.
- Guevara, A. (2009). Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Guzmán Napurí, C. (2016). *Manual del procedimiento administrativo general* (2.ª ed.). Lima: Pacífico Ediciones.
- INDECOPI. (2007). Resolución N° 0274-2007/CAM-INDECOPI, Lineamientos de la Comisión de Acceso al mercado sobre simplificación administrativa. Lima: Indecopi, 14 de diciembre.

- INDECOPI. (2015). Texto Único de Procedimientos Administrativos. *Diario oficial El Peruano*. Lima: INDECOPI, 15 de diciembre.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Producción y Empleo Informal en el Perú: Cuenta Satélite de la Economía Informal 2007-2016*. Lima.
- Laguna de Paz, J. C. (2007). La autorización administrativa: entre la Escala del dogmatismo y el Caribdis del relativismo. En T. M. Fernández, J. C. Laguna de Paz, J. L. Piñar, M. Gómez y L. Rebollo, *La autorización administrativa. La autorización electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy: Actas del I congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 122-143). Navarra: Aranzadi.
- Landa, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- Maraví Sumar, M. (2000). La simplificación administrativa, un asunto complejo. *Themis. Revista de Derecho*, (40), 289-299.
- Maraví Sumar, M. (2007). Lecciones aprendidas de la aprobación de TUPAS en el marco de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. En D. Zegarra Valdivia, E. Espinoza-Saldaña y J. D. Ordóñez, *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (pp. 201-216). Lima: Palestra editores.
- Maraví Sumar, M. (2009). El procedimiento administrativo y las reglas de simplificación administrativa. En M. Maraví Sumar (Comp.), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: libro en homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde* (pp. 173-221). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Maraví Sumar, M. (2017). «Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256» *Ius et veritas*, (54), 66-99.
- Matos Mar, J. (2004). *Desborde popular y crisis del Estado*. Lima: IEP.
- Morón Urbina, J. C. (2011a). Los procedimientos administrativos: contribución para su útil calificación. En D. Zegarra Valdivia y V. Baca Oneto (Coord.), *La Ley de procedimiento administrativo general. Diez años después* (pp. 211-253). Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Morón Urbina, J. C. (2011b). *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general* (9.^a ed.). Lima: Gaceta.
- Municipalidad Regional de Huancavelica. (2003). Resolución Ejecutiva Regional 326-2003 GOB-REG-HVCA/PR, Resolución que aprueba el Texto Único de Procedimientos administrativos. *Diario oficial El Peruano*. Huancavelica: Municipalidad Regional de Huancavelica, 21 de octubre.

- Municipalidad Metropolitana de Lima. (2009). Ordenanza N° 1334, Ordenanza que aprueba el Texto Único de Procedimientos Administrativos. *Diario oficial El Peruano*. Lima: Municipalidad Metropolitana de Lima, 28 de diciembre.
- Ostojá, A., Bustamante J. A., y Camaiora, A. L. (1990). *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización* (2.ª ed.). Lima: Instituto Libertad y Democracia.
- Paniagua Corazao, V. (1992). *¿Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo o Ley General de Procedimiento(s) Administrativo(s)? IUS ET VERITAS*. Lima.
- Paniagua Corazao, V. (2009). La actividad de limitación. En T. Cano (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Tomo III: La actividad de las administraciones públicas* (Vol. II). Madrid: Iustel. Poder Ejecutivo. (1967). Decreto Supremo 006-67-SC, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo. Lima: Poder Ejecutivo.
- Poder Ejecutivo. (1989). Decreto Supremo 070-89-PCM, Decreto Supremo que reglamenta la Ley de Simplificación Administrativa. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.
- Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada. Lima: Poder Ejecutivo, 8 de noviembre.
- Poder Ejecutivo. (2007). Decreto Supremo 096-2007-PCM, Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros, 13 de diciembre.
- Poder Ejecutivo. (2017). Decreto Supremo 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. *Diario Oficial El Peruano*. Lima: Ministerio de Justicia, 20 de enero.
- Rivera, L. I. (2014). *Macroeconomía. Un enfoque de sentido común*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Rebollo Puig, M. (2009). «La actividad de limitación», en ob. col. T. Cano Campos (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, tomo III, vol. II*, Iustel. 1ª ed., 33-42.
- Súmar Albújar, O. (2012). Cinco errores frecuentes en la justificación de proyectos legislativos: una perspectiva económica. *Themis. Revista de Derecho*, (62), 27-42.
- Súmar Albújar, O. (2015). La Corte de Roberts (la Corte suprema de Estados Unidos) vs el Tribunal Constitucional peruano: La libre competencia en la jurisprudencia constitucional. *Themis. Revista de Derecho*, (67), 217-225.

COMENTARIOS

Juan Carlos Morón Urbina
Departamento Académico de Derecho, PUCP

Una de las mayores satisfacciones de un docente es ver fructificar la semilla que sembró en los alumnos. Ese sentimiento tengo desde que me pidieron comentar este artículo. Su autor, Pablo Ferreyros Quiñones, fue alumno del curso de Derecho Administrativo I hace unos ciclos atrás, y el presente artículo es el desarrollo de una monografía que como parte del curso solicite a los alumnos para promover su actitud investigativa. Recuerdo las reuniones extrahorarias que tuvimos conversando sobre la historia reciente de la regulación del procedimiento administrativo en Perú, y sobre las fuentes que podía tener en cuenta para su investigación.

Como sabemos, los procedimientos de aprobación automática son aquellos instituidos sobre la base de la presunción de veracidad, donde lo pedido se considera aprobado desde el mismo momento en que se presenta ante la entidad la solicitud o el formulario a condición de haber cumplido satisfactoriamente con aportar conjuntamente con el pedido la evidencia documental que la autoridad considera suficiente para el efecto y por ello la consigna en el respectivo TUPA. De manera similar, aparece definido en los Lineamientos Técnicos de INDECOPI, como «aquellos en los que lo solicitado por los ciudadanos se considera aprobado con la sola presentación de la solicitud ante la entidad administrativa competente, siempre que la solicitud este acompañada de los requisitos exigidos para tal efecto».²⁷

Con el objetivo de permitir la celeridad en la iniciativa y actividades socioeconómicas, se emplea esta modalidad de procedimientos, sustituyendo íntegramente las técnicas de autorización (licencias, permisos y autorizaciones) por una suficientemente documentada comunicación del inicio de la actividad social o económica del particular; y sustituyendo la potestad de la autoridad de emitir una decisión habilitante por un acto ficticio de aprobación y una acción de fiscalización posterior que le habilita investigar y, en su caso, desautorizar la actividad si comprueba falta de presupuestos legales o la falsedad en la información o documentación proporcionada. Por ello, se puede afirmar con razón que mediante esta categoría se eliminan los procedimientos tradicionales para dar paso a una simple comunicación documentada desde el exterior.

En vez de que los procedimientos sean substanciados por el administrado dentro de la Administración, los informa y documenta desde fuera al presentar toda la probanza necesaria con su solicitud.

Con la calificación de procedimientos de aprobación automática, los procedimientos anteriores de permisos y autorizaciones, virtualmente se convierten en avisos del inicio de actividades, con cargo a la aleatoria fiscalización posterior que la autoridad puede realizar para evitar cualquier forma de engaño o fraude. Este trámite interno implica verificar de oficio, mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos,

27 Las ideas contenidas en este párrafo y los posteriores se han esgrimido en Morón Urbina, J. C. (2011). Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general (9.a ed.). Lima: Gaceta.

de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado para obtener automáticamente el derecho solicitado. De comprobarse el fraude, se aparejan consecuencias gravosas para el administrado para hacer efectiva su responsabilidad frente a la Administración, incluida la anulación del acto facticio surgido de la aprobación automática.

El ensayo en sí confirma aquella preocupación que ya mostraba el autor sobre las diversas formas de relación que se pueden establecer entre los derechos ciudadanos y las modalidades de intervención administrativa, muchas de las cuales ahogan la iniciativa privada con inacabables e inciertos procedimientos. Procedimientos de evaluación previa que a veces adoptan forma de prolongados trámites burocráticos inoficiosos. Por eso, es digno de destacar el enfoque económico del ensayo para asociar la aprobación automática con la libertad fundamental para el desarrollo de actividades.

El autor identifica también cómo, a pesar de la preferencia que el ordenamiento jurídico administrativo tiene por el procedimiento de aprobación automática (o el no-procedimiento), la practica administrativa les ha reducido a casos menores y de prestaciones efectivas de servicios administrativos a los ciudadanos.

En su trabajo consolida la trayectoria normativa de este procedimiento administrativo vinculándolo con los modelos económicos imperantes en cada momento. Desde la Ley de Simplificación Administrativa de 1989, hasta el recientemente modificado Texto Único Ordenado de la LPAG, pasando por las leyes de promoción de la inversión privada que lo impulsaron. Es un interesante decurso de la evolución de este procedimiento administrativo.

No obstante su interesante desarrollo, como toda obra humana es perfectible, y me corresponde comentar que hubiese sido muy interesante que el autor acudiera a fuentes directas y no únicamente indirectas para comprobar sus afirmaciones (como cuando indica que la fuente de este procedimiento fue la Paperwork Reduction Act de 1980, sin adentrarse en la norma misma y solo citar fuentes que solo lo afirman). También podría ser interesante que el ensayo analizara los supuestos que el TUO de la Ley 27444 ha determinado que sean necesariamente de aprobación automática, para explicarlos y tratar de plantear a qué otros temas podrían serles aplicables esta modalidad de procedimiento). Son solo sugerencias para el futuro.

RESPUESTA DEL AUTOR

Es un gusto que este artículo haya sido comentado por un especialista como el profesor Morón. Además de su relevancia académica en el tema desarrollado, se trata de quien aportó a esta investigación consejos que fueron de gran ayuda para su desarrollo.

Sus sugerencias, como en el proceso de elaboración del artículo, son siempre valiosas y bien recibidas. Acudir a más fuentes primarias para los antecedentes en el derecho comparado —y no solo nacionales— de la actual regulación de los procedimientos administrativos sin duda hubiera aportado en profundidad. No solo dentro de los límites de este trabajo, sino para entender mejor el funcionamiento y los ajustes pendientes —a nivel de política pública— del esquema nacional.

En el país se planteó la aprobación automática de procedimientos como una herramienta de simplificación administrativa, y en la teoría fue una buena idea. Pero la aplicación, dejada en manos de las entidades ante las cuales el procedimiento habrá de seguirse, no funcionó al nivel esperado. En el artículo, menciono como posibles causas el insuficiente entendimiento de la figura, la poca claridad en algunos aspectos de su regulación y el miedo de los funcionarios a acabar emitiendo actos administrativos que no corresponden. Sin embargo, parte del problema podría tener que ver con el esquema escogido en el ordenamiento para aplicar la figura. Los funcionarios a cargo de la calificación de procedimientos podrían no tener siempre los mejores incentivos. Es algo en lo que vengo pensando hace algún tiempo.

En 1971, W. A. Niskanen observó que los funcionarios públicos responden, como cualquier persona, a los incentivos y limitaciones propios de su entorno. Un mayor presupuesto discrecional para sus entidades permite a los funcionarios destinar parte de este a conceptos que los benefician indirectamente²⁸. La evidencia ha mostrado consistentemente que los funcionarios tienden a buscar ampliar sus presupuestos (ampliar presupuestos totales lleva usualmente a mayores presupuestos discretionales)²⁹. No hay una relación fuerte con sueldos o ascensos profesionales. Sin embargo, parte de la explicación podría estar en que sí permite mayor poder, más prestigio o mejores condiciones de trabajo³⁰.

Si los funcionarios efectivamente logran conseguir mayores presupuestos, es una cuestión aparte. Dependerá en buena cuenta de la situación en que se encuentren. El modelo

28 Entendido como la diferencia entre el presupuesto total y el costo mínimo de cumplir los objetivos requeridos por la autoridad política a la que la entidad está adscrita. Véase Niskanen, W. (1996). *Bureaucracy and Public Economics* (pp. 269-282). Washington: Edward Elgar Publishing.

29 Lynn, L. (1991). *The budget-maximizing bureaucrat: is there a case?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. También, Dion, S. y André, B. (1991). *Conclusion: Are bureaucrats budget maximizers?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1991.

30 Lynn, L. (1991). *The budget-maximizing bureaucrat: is there a case?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press. También, Dion, S. y André, B. (1991). *Conclusion: Are bureaucrats budget maximizers?* En S. Dion y A. Blais (Eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1991.

inicial de Niskanen piensa en entidades dependientes de un patrocinador político (en el caso peruano, el MEF) que las financia. La entidad buscará tener una mejor posición de cara e este en la negociación de su presupuesto. Ampliar su *output* de controles servirá contingentemente para ello.

En el caso analizado sin embargo, buena parte de las entidades (municipalidades, notablemente) no recibe de otra su presupuesto, sino que lo obtienen directamente de los administrados. Aquí, la reticencia a reducir controles previos podría explicarse porque hacerlo sí afecta directamente el presupuesto de la entidad, en la medida en que cobre por ello³¹.

La teoría de Niskanen tiene una serie de críticas: los funcionarios normalmente no maximizan (aunque usualmente busquen aumentar) su presupuesto, aumentar la producción de la entidad no aumenta necesariamente su presupuesto, los políticos encargados de fijar los presupuestos no son pasivos respecto de los planteamientos de la Administración. Niskanen tuvo que reformular su planteamiento para hacer frente a las objeciones, y aun así hay puntos que no han sido sólidamente corroborados por la evidencia. Sin embargo, en su versión reformulada, de corte general y aproximativo, sirve para entender parte del problema en el esquema peruano de calificación de procedimientos: hemos dejado la actividad en quienes a veces tienen los incentivos incorrectos³².

Los procedimientos no son calificados por la propia entidad en todos los ordenamientos. Sería interesante revisar cómo funciona la calificación y quién está a cargo de hacerla en los sistemas en los que se inspiró la figura de aprobación automática. Si en estos el esquema funciona mejor, tendríamos algunas ideas sobre cómo hacer las cosas. Esto debería complementarse con una revisión general de cómo se resuelve —o agrava, según el caso— en distintos ordenamientos comparados el problema agente-principal entre la Administración Pública y la población.

Un trabajo de este tipo, con una metodología predominantemente empírica, excede los alcances del presente ensayo. Creo, sin embargo, que es posible esbozar algunos de los puntos que podría tener. Una forma de resolver el problema de incentivos aquí descrito es encargar la calificación de los procedimientos a un ente que no se beneficie de poner controles previos. Algo de esto se hizo en diciembre de 2016, con el Decreto Legislativo 1272. Esta norma creó procedimientos estandarizados, con una calificación que viene dada por la PCM y que las entidades deben seguir obligatoriamente.

Sería posible argumentar que el hecho de que la PCM se encargue de crear cada nuevo procedimiento administrativo del país, podría generar problemas prácticos. Es de suponer que las entidades necesitan ir creando nuevos procedimientos que se adapten a sus contextos y necesidades, los cuales la PCM puede no conocer en suficiente detalle. Podría quizá solucionarse con

31 Las entidades, por previsión de la LPAG, no pueden cobrar por trámites más de lo que éstos les cuestan. Sin embargo, puede pensarse que no siempre será fácil individualizar el costo de los mismos para asegurar el cumplimiento de esta exigencia, que tendería a ser aproximado. En muchos casos, asimismo, el control es en la práctica mínimo o virtualmente inexistente (para gobiernos locales, en ocasiones, no queda mucha más opción que la CEB, que afronta una sobrecarga considerable). Así, habría espacio para expansión tanto del presupuesto total como del discrecional.

32 Dion, S. y Blais, (1991). *Conclusion: Are bureaucrats budget maximizers?* En S. Dion, Stéphane y A. Blais (Eds.). *The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press 1991. También, Niskanen, W. (1996). *Bureaucracy and Public Economics* (pp. 269-282). Washington: Edward Elgar Publishing. Muel-ler, D. (1987). *The growth of government: a public choice perspective*. En *Staff Papers (International Monetary Fund)*, 34(1), pp. 133-140.

que las entidades presenten los nuevos procedimientos para su aprobación por la PCM, extendiendo lo planteado por el Decreto Legislativo 1310 a las municipalidades y Gobiernos regionales. Pero no estaría exento de sus propias dificultades prácticas, particularmente, quizá, la capacidad de la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria para evaluar esta carga de casos.

En el ordenamiento español, «la norma que someta una actividad a la necesidad de autorización [previa] debe tener rango de ley [...] o habilitación legal», de acuerdo con Rebollo Puig. «Estas condiciones no han sido necesariamente respetadas en el derecho español, donde tal vez de ha abusado de las autorizaciones administrativas», añade sin embargo el autor, para quien esta alternativa no supone una solución plena³³. Es un caso que merecería analizarse empíricamente.

La *Paperwork Reduction Act* estadounidense aporta dos medidas interesantes. De un lado, exige la aprobación de la *Office of Management and Budget* para imponer cualquier requerimiento de información a los administrados. Del otro, crea la *Office of Information and Regulatory Affairs* para supervisar la creación de procedimientos exigidos al público. Estudiar los resultados de la primera medida podría ser útil para conocer mejor cómo podría funcionar un esquema en que la PCM aprueba los procedimientos de toda la Administración.

Es de interés saber, finalmente, que en Brasil los procedimientos son creados por las entidades a partir de reglas ya definidas por norma con rango legal para cada tipo de procedimiento, sin que la Administración tenga el margen que tiene en el país para calificar³⁴. Es un caso que también merecería revisarse en un eventual estudio empírico.

De momento, sin embargo, el mecanismo que ha adoptado el país es el Análisis de Calidad Regulatoria (ACR), como control *ex ante* para las normas reglamentarias del Poder Ejecutivo.

Escribí la columna vertebral de artículo en el primer semestre de 2017. Algunas cosas han cambiado desde entonces. El ACR ya había sido introducido en diciembre del año anterior, si bien solo contaba con el marco general del Decreto Legislativo 1310. Posteriormente fue reglamentado y las disposiciones de su reglamento aterrizadas en el Manual para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria.

Se trata de normas estrechamente relacionadas al tema de este trabajo, si bien he reparado en ellas solo recientemente. Calificar adecuadamente los procedimientos administrativos puede entenderse como parte de los objetivos de calidad regulatoria de estos dispositivos, que en varios puntos requieren no imponer costos excesivos en los procedimientos. Hay también cercanía en los criterios que planteamos para la calificación de procedimientos y en los establecidos para el ACR; si bien trata, finalmente, de criterios transversales al ordenamiento.

Sin embargo, la normativa del ACR es bastante más general. Cómo realizar el análisis se explica en menos de tres páginas en el Manual —el dispositivo más detallado al respecto—, con pautas que tienen la amplitud que requiere referirse a todos los supuestos de aplicación del ACR. Si se quiere analizar en ese marco, este artículo puede leerse como un conjunto de herramientas para concretar las pautas del ACR al supuesto puntual de la calificación de procedimientos administrativos, a partir de un análisis exhaustivo y multifocal de esta actividad, la normativa relacionada y los principios subyacentes a la misma.

33 Rebollo, M. (2009). *La actividad de limitación*. En T. Cano (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Tomo III: *la actividad de las administraciones públicas*. Volumen II. Madrid: Iustel.

34 Agradezco al profesor Bruno Sousa por la explicación al respecto.

En la medida en que la normativa del ACR aplica solo a las entidades pertenecientes al Poder Ejecutivo, puede también encontrarse en este artículo un sustento jurídico para exigir algunos de estos criterios —en un procedimiento de barreras burocráticas, básicamente— a las entidades que quedan fuera. Estas son, en varios casos —gobiernos regionales, municipalidades—, precisamente aquellas en las que la necesidad de control es mayor.