

A	:	LENNIN QUIZO CORDOVA GERENTE GENERAL (E)
CC	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY N° 079-2021-CR, LEY DE APOYO AL SOSTENIMIENTO Y FUNCIONAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS
REFERENCIA	:	OFICIO PO N° 013-2021-2022/CODECO-CR
FECHA	:	27 de setiembre de 2021

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE PLANEAMIENTO, PRESUPUESTO Y MODERNIZACIÓN	FELIX VASI ZEVALLOS
	DIRECTOR DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA	LENNIN QUIZO CÓRDOVA
	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	L. ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



I. OBJETO

La presente opinión tiene por objeto analizar el Proyecto de Ley N° 079-2021/CR, Ley de apoyo al sostenimiento y funcionamiento de las acciones de defensa de los consumidores y usuarios, mediante la cual propone la modificación de los artículos 112, 113, 131, 134 y 156 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, así como la modificación de los artículos 1, 6, 9-A y 10 de la Ley N° 27332 y el artículo 4 del DL 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

II. ANTECEDENTES

2.1. Con fecha 26 de agosto de 2021, el Grupo Parlamentario Podemos Perú presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley denominado “Ley de apoyo al sostenimiento y funcionamiento de las acciones de defensa de los consumidores y usuarios” (en adelante, el Proyecto de Ley). Iniciativa del Congresista José Luna Gálvez.

2.2. Mediante Oficio PO N° 013-2021-2022/CODECO-CR, recibido el 7 de septiembre de 2021, el Presidente de la Comisión de Defensa al Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República solicita al Presidente del OSIPTEL se sirva emitir una opinión técnico institucional respecto al Proyecto de Ley.

III. MARCO INSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

El Estado peruano está constituido en lo político como un “Estado Social y Democrático de Derecho”, y en lo económico se reconoce el ejercicio de libertades económicas, elevadas a la categoría de Derechos Fundamentales, tales como el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa (o de libre iniciativa privada), bajo un modelo de Economía Social de Mercado, que se sustenta, a su vez en dos pilares:

- (i) El derecho de propiedad que debe ejercerse “en armonía con el bien común” y dentro de los “límites establecidos por la ley”.
- (ii) El “Principio de Subsidiariedad” de la actuación del Estado en la economía.

A su vez, la función reguladora del Estado en la prestación de los servicios públicos se deriva del artículo 58 de la Constitución Política del Perú, donde expresamente se señala que:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de (...) servicios públicos e infraestructura”.

Este marco constitucional permite un grado de intervención del Estado en la economía, a través de organismos técnicos especializados, para regular ciertas actividades económicas consideradas de interés público ante la presencia de



“fallas de mercado”, tales como el monopolio, información asimétrica, bienes públicos y las externalidades.

Sobre ello, se ha precisado que en diversos estudios que la regulación es un instrumento necesario para promover el correcto funcionamiento del mercado, donde la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando ella no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural.¹

En este mismo orden de ideas, se percibe la regulación económica como una de las funciones esenciales del Estado subsidiario, por la cual se establecen límites al ejercicio de las libertades económicas con la finalidad de armonizar los derechos de los prestatarios de los servicios públicos con los intereses de la comunidad (entre los cuales se ubica la protección de los usuarios.²

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias en las que ha reconocido el rol de los organismos reguladores en el marco de la Constitución, precisando que tienen una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado, en los siguientes términos:

▪ Expediente N° 0008-2003-AI/TC

“(…)

41. Sabido es que nuestra legislación, principalmente a través de la Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632, ha conferido a los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos, una misión de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado. A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

(..)

Así, el papel de los organismos reguladores puede resumirse en la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión. (...)

▪ Expediente N° 2939-2004-AA/TC

“(…)

7. El rol de los organismos reguladores de la inversión privada en los sectores públicos en el Estado social y democrático de derecho: funciones constitucionales del OSINERG

¹ Véase, por ejemplo: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Ariño y Asociados – ARA Editores. Lima, 2004, p.619

² CASSAGNE, Juan Carlos. Estudios de Derecho Público. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1995.



El rol de los organismos reguladores en el marco del Estado social y democrático de derecho se encuentra definido legislativamente a través de la Ley N° 27332, parcialmente modificada por la Ley N° 27632, otorgándoseles funciones de especial trascendencia para el correcto desenvolvimiento del mercado en el marco del Estado social y democrático de derecho.

En ese sentido, este Tribunal ha establecido, en la STC 008-2003-AI/TC, lo siguiente:

[...] A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete.

Es de esta forma como se busca otorgar mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión, de conformidad con lo que prescribe la Constitución en su artículo 65°; la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, que establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. (...)

Como consecuencia de este marco institucional, se crearon organismos reguladores de los servicios públicos (telecomunicaciones, electricidad, saneamiento) y de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias), con el objeto de garantizar un tratamiento técnico y, por tanto, especializado, de la regulación y fiscalización de las actividades económicas calificadas como servicios públicos, o que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivas y las que requieren para su desarrollo la utilización de redes e infraestructuras³.

En tal sentido, podemos señalar en forma resumida, que los organismos reguladores, como entidades técnicas y autónomas, persiguen los siguientes fines:

- a) Garantizar la promoción de la competencia en materia de servicios públicos.
- b) Mediatizar los efectos negativos que puedan generar los monopolios naturales.
- c) Reducir la asimetría de información que existe entre usuarios y operadores.

Todo ello se materializa a través de políticas regulatorias que, armonizando los diversos intereses en juego (de los usuarios, de las empresas operadoras y del gobierno), garanticen el acceso de los competidores a las redes, que aseguren al usuario el acceso a la información relevante, así como -de ser el caso- con el establecimiento de tarifas y estándares de calidad adecuados en el caso que no exista una competencia efectiva en relación con determinado servicio.⁴

³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios. Revista Peruana de derecho de la empresa, 2004. Pág. 60

⁴ QUIÑONEZ ALAYZA, María Teresa en "Un inventario de Ideas sobre la regulación de servicios públicos". Revista de Derecho Themis N° 46, 2003. Pág. 405.



Así, con la finalidad de establecer normas comunes aplicables a la organización y funcionamiento de los organismos reguladores, a través de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en su artículo 2 de la Ley N° 27332, se definió a los organismos reguladores como *"organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera"*.

Al respecto, en un primer momento, los organismos reguladores se encontraban adscritos al Ministerio del sector al que pertenece la actividad regulada; sin embargo, considerando que esta vinculación podía conllevar cierta injerencia sobre las funciones del organismo regulador y con ello afectar negativamente su autonomía, fueron finalmente adscritos a la Presidencia de Consejos de Ministros, a fin de garantizar la independencia de los organismos reguladores de cualquier entidad estatal que se encontrase comprometida a una actividad regulada determinada.

Precisamente, la independencia de los organismos reguladores es sumamente importante para lograr sus objetivos. Diversos documentos de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico - OCDE⁵ analizan este tema y ya en el año 2012 el documento **"12 recomendaciones del Consejo de Política Regulatoria y Gobernanza"**, hace referencia a la importancia de que los organismos reguladores sean entes independientes, resaltando que esta característica es aún más importante cuando se desee crear mayor confianza y sensación de imparcialidad sobre las decisiones del regulador, o cuando las decisiones de regulador tengan un impacto importante en intereses particulares. De esta manera la independencia y distancia del Poder Ejecutivo debe ser garantizada para dar estabilidad y confianza al mercado. Asimismo, este documento establece como una de las doce recomendaciones el desarrollar una política consistente con roles y funciones bien definidos para evitar conflicto de interés o influencias inapropiadas.

Asimismo en el año 2014, el Network of Regulatory Economics (NER, por sus siglas en ingles), de la OECD, elaboró una metodología para evaluar a los reguladores económicos llamada PAFER, la cual se basa en los Principios de Mejores Prácticas de Gobernanza de Reguladores y en el Marco para la Evaluación de Política Regulatoria de la OCDE. Esta metodología toma como referencia los 7 Principios para la Gobernanza de los Reguladores de la OECD:

De acuerdo al documento "La Gobernanzas de los Reguladores", existen siete (7) principios básicos de gobernanzas que se describen resumidamente a continuación:

⁵ La Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico - OCDE es un foro de cooperación internacional en el que los gobiernos trabajan para compartir experiencias y buscar soluciones a problemas comunes en los ámbitos económico, social y ambiental. Al día de hoy, la OCDE cuenta con 35 países miembros que constantemente se evalúan entre sí para identificar problemas, discutirlos y analizarlos, y promover políticas para resolverlos. Así, los miembros de la OCDE representan el 80% del intercambio e inversión global, por lo que tienen un rol fundamental en el análisis de los retos a los que se enfrenta la economía mundial. De igual manera la OECD es una de las asociaciones con mayor publicación de libros en las áreas de economía y política pública, con más de 250 libros anualmente y la actualización de 40 bases de datos estadísticas, además de documentos de trabajo, artículos periodísticos, entre otros.



1. Claridad de roles, objetivos y funciones

Un regulador para ser efectivo debe tener claros sus objetivos y las relaciones de causa y efecto de sus funciones; así como los mecanismos de coordinación con otras entidades relevantes para lograr estos objetivos. En este sentido, el esquema regulatorio debe estar escrito y claramente especificado en el marco legal, lo que da claridad a las entidades reguladas, al mismo regulador y a la ciudadanía.

2. Prevenir influencias indebidas

Es necesario que exista confianza en las decisiones del regulador y para ello es necesario que las decisiones y ejercicio de funciones se dé dentro de un entorno de integridad y siguiendo el marco legal aplicable. Esta confianza en el regulador promueve la inversión y un ambiente de desarrollo del sector regulado; por ello hay que evitar las influencias indebidas manteniendo la independencia del regulador tanto del sector regulado como del gobierno. De esta manera se da estabilidad al sistema, lo cual es más relevante en entornos políticos cambiantes. El regulador como ente independiente debe justificar sus decisiones en evidencia. **Para garantizar la independencia, entre otros, se debe establecer procesos transparentes y claros de designación y remoción de miembros del Consejo Directivo; así como de requisitos previos a su designación y restricciones posteriores.**

3. Toma de decisiones y estructura independiente de los reguladores

Los reguladores deben tener clara su gobernanza interna para poder funcionar de manera eficiente, preservar su integridad y lograr los objetivos que establece su mandato. Asimismo, esta gobernanza debe responder a las funciones asignadas y características particulares. Las políticas y procesos para escoger cargos clave como Consejo Directivo y directivos debe ser claro y transparente para atraer al personal idóneo. Es importante indicar que el hecho de que un Consejo Directivo tenga representantes designados por diferentes sectores, no implica que los mismos vayan a defender los intereses de quienes los han designado, más bien su rol es aportar su expertise para lograr la mejor toma de decisiones, que contribuya a lograr los objetivos del regulador.

4. Mecanismos de rendición de cuentas y transparencia

Los reguladores son fiscalizados por otras entidades de gobierno como los ministros y el Congreso, las entidades reguladas y el público en general. El regulador debe reportar a estos grupos de intereses sus actividades y, para facilitar su comprensión, crear indicadores de desempeño. Asimismo, debe ser posible reconsiderar las decisiones del regulador así como revisarlas en el Poder Judicial. Asimismo, todas las decisiones deben estar sustentadas y este sustento debe estar disponible al público.

5. Participación de stakeholders en el proceso regulatorio

Un buen regulador debe establecer mecanismo de compromiso con los grupos de interés como parte de sus objetivos. Estos mecanismos deben estar claros y estar institucionalizados dentro de la organización e incluyen, por ejemplo, consultas públicas / audiencias públicas antes de la toma de decisiones. Asimismo, se debe considerar los posibles conflictos de intereses.



6. Adecuada fuente de financiamiento

La cantidad de recursos con que cuenta un regulador define, en gran medida, su organización y operaciones, pero no debería influir en sus decisiones; las cuales deben permanecer centradas en el logro de sus objetivos. Los recursos deben ser suficientes para desarrollar sus funciones y mantener su independencia. Además, el proceso de financiamiento debe ser transparente y lo más simple posible. Si bien el presupuesto del regulador puede ser revisado cada cierto tiempo, el disponer de presupuesto definido para más de un año fortalece la fortaleza del regulador ya que protege los recursos de vaivenes políticos.

7. Evaluación de desempeño

Es importante que los reguladores sean conscientes del impacto de sus decisiones en la actividad que regulan; ya que esto permite mejoras internas en la gobernanza y procesos. Además, la evaluación de desempeño muestra la efectividad del regulador y ayuda a crear confianza en el sistema regulatorio. Asimismo, los reguladores deben revisar periódicamente las normas emitidas, así como establecer indicadores que permitan hacer comparaciones entre entidades y analizar su evolución en el tiempo.

Luego, en el año 2014, en el documento **The Governance of Regulators**, se indica que la estructura del regulador debe ser determinada por su naturaleza y mandato y debe asegurar la integridad y confianza en el régimen regulatorio (para promover la inversión y un ecosistema de crecimiento basado en esta confianza). *Para ello se debe proteger a los reguladores de influencias negativas estableciendo un regulador independiente.* Si bien la independencia absoluta no es posible, el documento indica que un modelo institucional con mayor independencia por parte del regulador frente a los entes regulados y otras instancias de gobierno es muy importante; al brindar mayor confianza a todos los involucrados y asegurar que las decisiones se tomen con mayor integridad.

Este documento concluye que los reguladores más independientes son creados con cuerpos separados, sus miembros se eligen en procesos transparentes y con normas específicas (sobre objetivos, funciones, poderes y rendiciones de cuentas). En esta línea, indica que se debe asegurar que el regulador tenga un nivel suficiente de independencia para llevar a cabo sus actividades.

Pero, ser independiente “en el papel” no es suficiente y no garantiza que las decisiones y procesos del regulador se realicen de manera independiente. Más bien, es necesaria una cultura de independencia: reflejada en, por ejemplo: procesos transparentes de elección de la alta dirección y causales de terminación explícitos, si existen cláusulas restrictivas para trabajo antes y después de pertenecer al regulador, entre otros.

Es tan preponderante el rol que la literatura y, en particular la OCDE, le da a la independencia que en el año 2016 se publicó un documento explícito sobre el tema. Este documento es desarrollado por la OCDE para conocer los beneficios, retos e implicancias prácticas de la independencia para el desempeño de un regulador económico. Las principales conclusiones del estudio son:



- Los reguladores ayudan a alinear los intereses de los usuarios con los intereses de los inversionistas en sectores como agua, transporte, energía y telecomunicaciones.
- La independencia con el poder ejecutivo protege a los reguladores de cambios políticos de corto plazo y asegura la credibilidad y estabilidad del entorno regulatorio, lo que promueve la inversión de largo plazo.
- La integridad del regulador, promovida por la independencia, permite enfrentar influencias de la industria y de grupos de consumidores.
- La independencia es difícil de realizar si los roles y responsabilidades no están definidos.

Posteriormente, en el año 2017, la OCDE publicó el documento creando una “Cultura de independencia: Guía práctica contra influencias indebidas”, en el cual indica y desarrolla cada una de las medidas fundamentales para crear una cultura de independencia. Entre ellas se encuentra la claridad de roles y responsabilidad, la transparencia y rendición de cuentas, la independencia financiera, el comportamiento del personal y la independencia del equipo directivo. En este último punto se indica que es importante que su elección así como su nombramiento y revocación sean procesos transparentes y responsables. En Consejos Directivos, los nombramientos deben ser graduales, la duración de los cargos debe trascender los ciclos electorales y los mandatos deben ser de al menos 5 años para permitir desarrollar conocimientos y experiencia. El profesionalismo e integridad de los directivos debe protegerse evitando influencias indebidas (conflicto de intereses, procesos de salida, entre otros).

IV. ANÁLISIS

4.1. Cuestión Previa: Los Proyectos de Ley N° 2462/2017-CR, N° 2483/2017-CR y N° 5837/2020-CR

Los Proyectos de Ley N° 2462/2017-CR y N° 2483/2017-CR, de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, propusieron diversos cambios a la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 (en adelante, Ley Marco); con la finalidad de fortalecer a dichas instituciones, considerando el relevante rol que cumplen en sus respectivos mercados. La modificación del artículo 6 de la Ley Marco, también era parte de la propuesta de modificación.

Entre las principales modificaciones de los citados proyectos de ley, se citan las siguientes:

- Artículo 6, sobre el Consejo Directivo. Se propuso la elección mediante concurso público, a cargo de una comisión integrada por los titulares de algunos organismos constitucionalmente autónomos.
- Artículo 9, sobre el régimen laboral. Por la especialización de su personal, se propuso que los Organismos Reguladores se rijan por el régimen laboral de la actividad privada y no estén comprendidos dentro de los alcances de las normas que regulan la gestión de recursos humanos del servicio civil.



- Artículo 13 que propuso medidas para fortalecer la autonomía de los organismos reguladores. Entre ellas tenemos: la intangibilidad de los saldos de balance, autorización para aprobar instrumentos de gestión directamente, elaboración de sus propios instrumentos para el Análisis de Impacto Regulatorio y de Calidad Regulatoria, entre otros.
- Artículo 14, que propuso medidas adicionales para la rendición de cuentas, como la presentación de informes anuales al Congreso de la República, etc.
- Artículo 15, que propuso medidas adicionales para fortalecer la transparencia antes los diversos agentes.

Los referidos proyectos de ley fueron acumulados y el respectivo dictamen fue aprobado por mayoría por la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos de Congreso de la República⁶, en el último periodo legislativo. Sin embargo, su trámite no prosperó a otras instancias, conforme se puede apreciar en el respectivo expediente digital⁷.

De otro lado, el Proyecto de Ley N° 5837/2020-CR, del Grupo Parlamentario “Acción Popular”, propuso modificaciones al artículo 6 de la Ley Marco; con la finalidad de fortalecer a dichas instituciones, considerando el relevante rol que cumplen en sus respectivos mercados. La modificación del artículo 6 de la Ley Marco, se propuso en los siguientes términos:

- La elección de los miembros del Consejo Directivo mediante concurso público, a cargo de una comisión integrada por seis (6) miembros.
- La designación del Presidente del Consejo Directivo realizada por el Presidente del Consejo de Ministros, a través de resolución suprema, refrendada por el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada.
- En los casos de remoción de los miembros del Consejo Directivo, los suplentes son convocados en reemplazo de los miembros titulares, en estricto orden de mérito obtenido en el concurso público respectivo.
- Suprime la posibilidad de que los miembros del Consejo Directivo sean elegidos por un periodo adicional.
- En los casos de vacancia de los miembros del Consejo Directivo, los suplentes son convocados en reemplazo de los miembros titulares, en estricto orden de mérito obtenido en el concurso, para completar el periodo correspondiente.

Al respecto, consideramos que el Dictamen de los Proyectos de Ley N° 2462/2017-CR y N° 2483/2017-CR debería constituir el punto de partida de

⁶

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/02462DC06MAY20180521.pdf

⁷ https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/02462?opendocument



estudio para cualquier modificación a la Ley Marco. Ello, porque consideramos que el fortalecimiento de los Organismos Reguladores requiere de medidas adicionales, más allá de la cantidad de miembros que integren el Consejo Directivo o de los impedimentos para ocupar el cargo.

Por ejemplo, en el caso del OSIPTEL, para fortalecer su rol en el correcto funcionamiento de los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones y de garante de los derechos de los usuarios consideramos necesario que se evalúe el incremento de los topes para la imposición de multas (previstos en la Ley N° 27336⁸), así como el ampliar las facultades en materia de supervisión de obligaciones de las empresas operadoras, entre otros cambios normativos que este organismo regulador presentó al Congreso de la República a través de la carta N° 038-PD/2021.

4.2. Sobre la competencia del OSIPTEL

En el marco de su Ley de Creación⁹, el OSIPTEL es el organismo regulador de los servicios públicos de telecomunicaciones y la agencia de competencia en este sector; por lo que sus funciones están destinadas a garantizar la calidad y eficiencia del servicio, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado un uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones.

De manera concordante, las funciones normativas, de regulación, supervisión, fiscalización, de solución de controversias, solución de reclamos y control de conductas anticompetitivas están plenamente ratificadas y desarrolladas como funciones fundamentales del OSIPTEL en las vigentes Leyes N° 26285¹⁰, N° 27332¹¹ y N° 27336¹², así como en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹³.

En ese sentido, el OSIPTEL, únicamente, está facultado para emitir opinión técnica respecto de aquellos asuntos vinculados a su competencia.

4.3. Comentarios al Proyecto de Ley

4.3.1. Modificación de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

4.3.1.1. Ámbito de aplicación

Se propone incluir en el artículo 1 dentro del ámbito de aplicación de la Ley Marco, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

⁸ Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL.

⁹ Decreto Legislativo N° 702 mediante el cual se declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones.

¹⁰ Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia.

¹¹ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

¹² Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

¹³ Art. 32 de la Ley N° 29158



Sobre ello, debe indicarse que en la Exposición de Motivos del proyecto de ley, no se sustenta las razones por las cuales surge la iniciativa de incluir al OEFA, en el marco de las disposiciones de la Ley Marco.

Ahora, primero es importante indicar que en el proyecto de Exposición de Motivos de la Ley Marco¹⁴ así como en el Dictamen¹⁵ correspondiente, se indicó la existencia de diversas instituciones encargadas de la supervisión y regulación de empresas de servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, energía e infraestructura, en materia de tarifas, cobertura y calidad, que por sus características ameritaban cierto control del Estado, en defensa de los intereses propios, como de los ciudadanos y del mercado mismo.

En ese sentido, se consideró que, pese a que las entidades reguladoras - OSIPTEL, OSINERMIN, OSITRAN y SUNASS- tenían la misma esencia y función; la creación de cada una de ellas en momentos distintos conllevó a una legislación poco uniforme y dispersa. Por ello, la finalidad de la aprobación de la Ley Marco fue homogeneizar las funciones inherentes a la actividad regulatoria de dichas entidades a fin de garantizar una mayor seguridad jurídica a las entidades reguladas y a los usuarios, consolidar la función reguladora y fiscalizadora de los organismos reguladores y establecer parámetros uniformes para los aportes por regulación mejorando los costos de regulación.

Por ello, en el artículo 2 de la Ley Marco se precisó que los Organismos Reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, y cuentan con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Ello, se encuentra acorde con el artículo 32 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE).

Ahora bien, el OEFA está constituido como un “Organismo Técnico Especializado”, conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley N° 29325 –Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental-, y según se ha ratificado recientemente en el Anexo del Decreto Supremo N° 097-2021-PCM (Decreto Supremo que aprueba la actualización de la calificación y relación de los Organismos Públicos).

Así, conforme a su finalidad descrita en el artículo 6 de dicha Ley N° 29325, el OEFA “se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental”, siendo que el alcance de sus competencias comprende sólo los temas de protección ambiental en varios sectores económicos diferentes como minería, energía, pesquería e industria.

Considerando ello, corresponde resaltar las diferencias existentes entre el OEFA y los Organismos Reguladores dentro del ámbito de competencia de la Ley Marco, para ello, en el siguiente cuadro se detalla las principales:

14

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/42ade528dd43e45b05257eb600541726/\\$FILE/PL05794000706.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/42ade528dd43e45b05257eb600541726/$FILE/PL05794000706.PDF)

15

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/6f527cde733272fb05257eb600544dda/\\$FILE/05794DC09MAY000712.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/6f527cde733272fb05257eb600544dda/$FILE/05794DC09MAY000712.PDF)



	OEFA	OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS
Tipo de Organismo Público Especializado	<p>Organismo Técnico Especializado, cuyas características se establece en el artículo 33 de la LOPE, los cuales se detallan a continuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> Se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de: <ul style="list-style-type: none"> Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional. Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado. Los Organismos Técnicos Especializados: <ul style="list-style-type: none"> Están dirigidos por un Consejo Directivo. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno. 	<p>Organismos Reguladores, cuyas características se establecen en el artículo 32 de la LOPE, los cuales se detallan a continuación:</p> <ol style="list-style-type: none"> Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley.
Adscrito	Ministerio del Ambiente	Presidencia del Consejo de Ministros
Consejo Directivo	<p>El Consejo Directivo se encuentra conformado por cinco (5) miembros designados mediante resolución suprema cuya composición es la siguiente:</p> <p>Dos (2) miembros designados a propuesta del MINAM, uno de los cuales lo presidirá y tiene voto dirimente y, Tres (3) designados dentro de los elegidos mediante concurso público conforme a las reglas que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.</p>	<p>El Consejo Directivo estará conformado de la siguiente manera:</p> <ul style="list-style-type: none"> Dos (2) miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales será el representante de la sociedad civil. Uno de los miembros propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros preside el Consejo Directivo y tiene voto dirimente. Un (1) miembro a propuesta del ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada. En el caso del OSINERGMIN el Ministerio de Energía y Minas propone a dos (2) miembros, uno de los cuales debe ser profesional especializado en minería. Un (1) miembro a propuesta del Ministerio de Economía Finanzas; y,



	OEFA	OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS
Funciones	<p>El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, conforme a lo siguiente:</p> <p>a) Función evaluadora: comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.</p> <p>b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.</p> <p>La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente.</p> <p>Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en el párrafo anterior.</p> <p>c) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.</p> <p>11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:</p> <p>a) Función normativa: comprende la</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Un (1) miembro a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. ▪ Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas; ▪ Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito; ▪ Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; ▪ Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador. ▪ Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; ▪ Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados



OEFA	OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS	
	<p>facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno. En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.</p> <p>b) Función supervisora de Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), nacional, regional o local: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño de las funciones de fiscalización a cargo de entidades de fiscalización ambiental nacional, regional o local a las que se refiere el artículo 7. El OEFA, en ejercicio de su función supervisora, puede establecer procedimientos para la entrega de reportes, informes técnicos y cualquier información relativa al cumplimiento de las funciones a cargo de las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA). El incumplimiento de las funciones antes indicadas acarrea responsabilidad funcional, lo cual es comunicado al órgano competente del Sistema Nacional de Control.</p>	<p>entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Tal como se advierte, se evidencia que la finalidad del OEFA no se corresponde con la finalidad de los "Organismos Reguladores", pues conforme a lo precisado en el inciso 1 del artículo 32 de la **LOPE**, dichos Organismos Reguladores "Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional".

En ese sentido, es necesario que se revise la pertinencia de dicha propuesta legislativa, pues, dadas las finalidades incompatibles, la creación del OEFA como "Organismo Regulador" podría implicar una alteración indebida de lo dispuesto expresamente en el acotado inciso 1 del artículo 32 de la LOPE.



4.3.1.2. Del Consejo Directivo

Se propone modificar el artículo 6 de la Ley Marco, con el fin que los Consejos Directivos de los organismos reguladores cuenten con un (1) miembro en representación de las Asociaciones de Usuarios.

Además, se precisa que la remoción de los miembros del Consejo Directivo plantea que los miembros de los Consejos Directivos de los Organismos Reguladores puedan ser removidos directamente por Resolución Suprema, sin tener que acreditar ninguna causa justificada; y que la Presidencia del Consejo de Ministros aprobará los mecanismos y procedimientos para la designación del miembro representante de las Asociaciones de Usuarios.

Por otra parte, se elimina: (i) el numeral 6.5 con relación al periodo de designación de cinco (5) años y la posibilidad de ser designados por un periodo posterior, y (ii) el numeral 6.6 que contiene las causales de vacancia.

Conforme se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, la modificación propuesta buscaría el fortalecimiento de la defensa de los consumidores y usuarios a través de la inclusión en los Consejos Directivos de un representante de ejercerá el voto de los ciudadanos y usuarios de los servicios públicos.

En principio, corresponde indicar que si bien en el artículo 6 de la Ley Marco se establece que el Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de cada Organismo Regulador y que la designación de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores es por un periodo de cinco (5) años; dicha ley no establecía que la designación debía efectuarse mediante concurso público.

Posteriormente, el 20 de diciembre de 2007, se publicó la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley N° 29158, cuyo artículo 32 (numeral 6) expresamente establece que los miembros del Consejo Directivo de cada Organismo Regulador, son designados mediante concurso público.

En virtud de ello, el 26 de febrero de 2008, se publicó el Decreto Supremo N° 014-2008-PCM, que aprobó el Reglamento del Concurso Público de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Posteriormente, el 14 de octubre de 2012, se publicó el Decreto Supremo N° 103-2012-PCM, que aprobó el vigente Reglamento del Concurso Público para la Selección de los Postulantes al cargo de miembro del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y deroga el Decreto Supremo N° 014-2008-PCM.

Dicho proceso de selección es abierto y transparente y, en síntesis, se desarrolla de la siguiente manera:

- a) El procedimiento se inicia con la emisión de la Resolución Ministerial que expide la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), que dispone la conformación de la Comisión de Selección (la Comisión) que estará a cargo del Concurso Público respectivo.



- b) La Comisión está integrada por cuatro (4) miembros: a) Dos (2) propuestos por la PCM (uno de ellos preside y tiene voto dirimente), b) uno (1) propuesto por el Ministerio de Economía y Finanzas y, c) uno (1) propuesto por el Ministro del Sector al cual pertenece la actividad regulada.
- c) El procedimiento de selección tiene tres (3) etapas: a) convocatoria, b) evaluación y, c) selección de postulantes al cargo de miembros del Consejo Directivo. Cada etapa es eliminatoria

Teniendo en cuenta ello, como primer comentario, consideramos que la selección de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores debe mantener su cuya finalidad, es decir, la transparencia en la selección de los miembros y la búsqueda de profesionales con capacidad y solvencia técnica.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que, conforme a la LOPE, los organismos reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.

Así, mediante Decreto Legislativo N° 702¹⁶ se creó el OSIPTEL, con la misión de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas. Cabe señalar que dicha disposición es similar a la de otros reguladores, pues en general los reguladores económicos deben cumplir un importante rol como “árbitros” imparciales entre intereses contrapuestos de las entidades prestadoras y los usuarios a fin de armonizarlos con el interés público, garantizando la predictibilidad y certidumbre de los regímenes regulatorios factores cruciales para atraer inversiones.

Existe diversa literatura desarrollada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que resalta la importancia de la imparcialidad en la toma de decisión de los organismos reguladores independientes, así como la necesidad de proteger a los reguladores de posibles conflictos de interés, pues la decisión del proceso político y debe ser, en última instancia, para el interés público.

Conforme ha señalado la OCDE (2020)¹⁷, para cumplir con su rol, los reguladores *“necesitan tomar e implementar decisiones imparciales, objetivas y basadas en evidencia, que puedan inspirar confianza en la administración pública”*. Así, para reforzar su legitimidad e integridad, las acciones de los reguladores independientes deben basarse en una capacidad técnica sólida, transparencia, autonomía y participación constructiva con los actores interesados.

Con relación al diseño y la organización de los reguladores debe considerar las recomendaciones formuladas en el Estudio de la OCDE (2014) sobre los principios aplicables a la gobernanza de los reguladores (*“The Governance of Regulators,*

¹⁶ https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/975583/DECRETO_LEGISLATIVO_N%C2%BA_702.pdf

¹⁷ OECD (2020), *Impulsando el desempeño del Regulador de Infraestructura de Transporte de Perú*, Gobernanza de reguladores, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/6b95ee9b-es>.



OCDE *Best Practice Principles for Regulatory Policy*)¹⁸. Conforme se señala en dicho estudio, establecer un regulador con cierto grado de independencia (tanto de los que regula como del gobierno) puede brindar mayor confianza en que las decisiones regulatorias se toman con integridad. Así, para mantener la confianza en sus competencias, los reguladores deben evitar la influencia indebida, las presiones de los intereses afectados, los conflictos o sesgos en la toma de decisiones regulatorias. Ello pues, las decisiones del regulador pueden tener un impacto significativo en intereses particulares y es necesario proteger su imparcialidad.

Asimismo, con relación a la conformación del Consejo Directivo, la OCDE (2014) señala que, para respaldar la integridad regulatoria a través de la toma de decisiones objetiva e imparcial, el órgano de gobierno de un regulador debe estar aislado de la influencia indebida de las partes interesadas (“stakeholders”), ministeriales o de la industria regulada. Se debe tenerse en consideración que, el papel del órgano de gobierno de un regulador independiente no es representar los intereses de las partes interesadas.

La OCDE (2014) señala claramente que, cuando las partes interesadas de la industria son miembros del órgano rector del regulador (o consejo directivo en el caso de los reguladores peruanos), existe la posibilidad de que surjan conflictos entre los intereses de los “stakeholders” y los objetivos de política del regulador. También existe el riesgo de que los miembros del órgano de gobierno, una vez nombrados, puedan percibir su papel como representantes de un grupo en el que pueden tener un interés, en lugar de proporcionar de forma independiente su experiencia para el cumplimiento de los objetivos.

A continuación, se presentan las principales razones por las que consideramos que tener un regulador independiente es muy importante.

Cuadro N° 1 ¿Por qué es importante tener un regulador independiente?

Compromisos creíbles a largo plazo	Establecer un regulador más independiente puede mandar un importante mensaje a las entidades reguladas sobre el compromiso del gobierno con la administración y la aplicación objetiva y transparente de la regulación.
Estabilidad	Es más factible que una mayor distancia respecto a las influencias políticas resulte en toma de decisiones normativas congruente y previsible.
Abordar posibles conflictos de interés	Decisiones regulatorias con impactos continuos para el gobierno, por ejemplo, en los presupuestos o en prestación de servicios, o que deben mostrar que se aplican imparcialmente tanto a entidades gubernamentales como a no gubernamentales, pueden tomarlas mejor las entidades que mantienen distancia del gobierno central.
Desarrollo del conocimiento regulatorio	Cuando sea necesario contar con conocimientos de expertos especializados, que se mantienen mejor en una unidad especializada con recursos protegidos.

Fuente: The Governance of Regulators

¹⁸ OCDE (2014a) “*The Governance of Regulators*”. Documento disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/the-governance-of-regulators_9789264209015-en#page1, consultado el 01 de diciembre de 2017.



De manera similar, la OCDE (2018)¹⁹, señala que, si bien la participación eficaz es vital para lograr resultados normativos positivos que son apoyados por la comunidad por y las entidades reguladas, existen riesgos referentes a la participación que deben controlarse porque es crucial no favorecer determinados intereses. Es muy importante asegurar que todos los actores como entidades reguladas tengan el mismo canal para expresar sus opiniones, y que no haya distinción entre ellas.

No obstante ello, el hecho que no sea recomendable que una parte interesada (como podrían ser los usuarios) formen parte del Consejo Directivo, no implica que dichas partes no sean escuchadas o consultadas como parte del proceso de toma de decisiones. Así, la OCDE (2014) señala que las partes interesadas pueden participar, por ejemplo, a través de comités asesores o consultivos, ya sea de forma permanente o ad hoc.

En el caso del Perú, la Ley Marco establece claramente que todos los Organismos Reguladores deben contar con uno o más Consejos de Usuarios cuyo objetivo es constituirse en mecanismos de participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria de cada sector involucrado, garantizando la participación efectiva de las Asociaciones de Consumidores y de los usuarios de la infraestructura en general. Cabe señalar que, los miembros de dichos consejos provienen de asociaciones de consumidores, universidades, colegios profesionales, organizaciones sin fines de lucro y organizaciones empresariales sin relación con las entidades reguladas.

Conforme se señala en el capítulo 7 del documento “Política Regulatoria en el Perú” (OCDE, 2018)²⁰, los organismos reguladores peruanos tienen una interacción estrecha con los interesados y emprenden acciones pertinentes que pueden contribuir a evitar la influencia indebida y mantener la confianza de los interesados. Por ejemplo, los organismos reguladores efectúan consultas públicas para todo reglamento general que deben aprobar, así como con relación a los procedimientos tarifarios. Asimismo, se señala que los Consejos de Usuarios contribuyen a mejorar las prácticas de participación de los interesados.

Precisamente, el OSIPTEL, desde el año 2005, cuenta con Consejos de Usuarios, lo cual permite la participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria de las telecomunicaciones, a través de una labor consultiva, garantiza una efectiva participación de las asociaciones de consumidores y usuarios. Debe indicarse que los miembros son elegidos por un periodo de dos años, y que el ejercicio del cargo es ad honorem y no genera la obligación de pago de honorarios, dietas o retribución de tipo alguno.

Entre las principales funciones de los Consejos de Usuarios tenemos:

¹⁹ OCDE (2018), Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria, Revisión de la OCDE sobre reforma regulatoria, Éditions OCDE, París. En: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264279001-es>

²⁰ OCDE (2018), Política Regulatoria en el Perú: Uniendo el Marco para la Calidad Regulatoria, Revisión de la OCDE sobre reforma regulatoria, Éditions OCDE, París. En: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264279001-es>



- (i) Emitir opinión sobre los proyectos de normas y medidas regulatorias emitidas por el OSIPTEL, así como sobre las diferentes funciones del Regulador.
- (ii) Participar en audiencias públicas en las que se discutan propuestas normativas.
- (iii) Coordinar con el Regulador la realización de eventos sobre temas relacionados a protección al usuario.
- (iv) Presentar consultas vinculadas a los derechos de los usuarios o normas emitidas por el Regulador.
- (v) Hacer propuestas destinadas a mejorar la calidad de la prestación del servicio público de telecomunicaciones

Por otra parte, es importante señalar que entre los años 2018 y 2019, el OSIPTEL se sometió a una rigurosa evaluación de su desempeño por parte de un equipo de la OCDE²¹ y expertos internacionales en el Marco para la Evaluación del Desempeño de los Reguladores Económicos (PAFER, por sus siglas en inglés). Como parte de la evaluación realizada, se analizó el funcionamiento del Consejo Directivo, incluido el mecanismo de designación y proceso de toma de decisiones.

Conforme la evaluación efectuada, los expertos de la OCDE encontraron que los recursos del Consejo Directivo son insuficientes para desempeñar su amplio mandato. Así, se recomendó asegurar que los miembros del Consejo Directivo tengan suficiente tiempo, recursos e información para participar activamente en la toma de decisiones, lo cual podría incluir, entre otras, fortalecer los recursos de asesoría y apoyo existentes y, de ser necesario, asignar recursos adicionales a los miembros del Consejo (actualmente sólo son remunerados por un máximo de 2 sesiones al mes).

Como se aprecia, para fortalecer el proceso de toma de decisiones y alcanzar altos estándares regulatorios, la OCDE es clara en recomendar un fortalecimiento del Consejo Directivo, así como brindar mayor autonomía y recursos a los reguladores.

En efecto, debe mencionarse que la OCDE no sólo ha implementado una evaluación de la gobernanza interna y externa del OSIPTEL, sino también de otros organismos reguladores del Perú (como OSITRAN y OSINERGMIN) y en todos los casos ha recomendado la necesidad de que los mismos cuenten con mayor autonomía para la gestión de sus recursos. Dichas evaluaciones coinciden en señalar que, si bien los Organismos Reguladores cuentan con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, en la práctica se encuentran restringidos por varias reglas del gobierno central que limitan su autonomía en lo que se refiere a la gestión de sus recursos (como la transferencia de sus saldos de balance al fisco, el hecho de que el presupuesto es aprobado cada año por el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros) y de capital humano (contrataciones, salarios y capacitaciones). Ante ello, recomienda una revisión de las limitaciones legales sobre el uso de los recursos, a fin de fortalecer a los organismos reguladores.

²¹ OECD (2019), *Impulsando el desempeño del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones de Perú*, Gobernanza de reguladores, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/9789264310612-es/index.html?itemId=/content/publication/9789264310612-es>



Ahora, resulta importante señalar que, en el caso del OSIPTEL, en la conformación inicial del Consejo Directivo –Decreto Legislativo N° 702- se consideró a un representante de los usuarios y a un representante de las empresas operadoras, tal como se indica a continuación:

“Artículo 86.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones estará dirigido por un Consejo Directivo que se conformará de la siguiente manera:

- 1. El Presidente, elegido de acuerdo al artículo anterior.*
- 2. Un representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones designado por el Presidente de la República.*
- 3. Un representante de los usuarios de servicios de telecomunicación otorgados por concesión.*
- 4. Un representante de las empresas concesionarias de servicios portadores.*
- 5. Un representante de las empresas concesionarias de teleservicios o servicios finales”.*

Posteriormente, mediante Decreto Ley N° 26095, publicado el 29 de diciembre de 1992, se incluyó a un (1) representante del Ministerio de Economía y Finanzas designado por el Presidente de la República.

Sin embargo, de la experiencia se advierte que contar en Consejo Directivo con miembros que representan a los stakeholders no fue productivo, en tanto que, en la toma de las decisiones regulatorias, para ambas partes –representantes de usuario y empresas prestadoras- primaban los intereses particulares de cada grupo; lo cual, tal como ha sido señalado, resta independencia a las funciones del Organismo Regulador.

Precisamente, considerando ello, tal como se indica en el proyecto de Exposición de Motivos de la Ley Marco²² así como en el Dictamen²³ correspondiente, se consideró uniformizar la conformación de los Consejos Directivos de las entidades reguladoras -OSIPTEL, OSINERMIN, OSITRAN y SUNASS- dado que tenían la misma esencia y función.

Si bien, como señala la OCDE, la independencia absoluta no es posible, en el documento *The Governance of Regulators*, se indica que un modelo institucional con mayor independencia por parte del regulador frente a los entes regulados y otras instancias de gobierno es muy importante; al brindar mayor confianza a todos los involucrados y asegurar que las decisiones se tomen con mayor integridad.

Bajo estas consideraciones, la inclusión de un (1) miembro representante de las asociaciones de consumidores y usuarios, restaría independencia a los organismos reguladores y no permitiría asegurar la integridad y confianza en el régimen regulatorio.

De otro lado, sobre la precisión plantea que los miembros de los Consejos Directivos de los Organismos Reguladores puedan ser removidos directamente

²²

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/42ade528dd43e45b05257eb600541726/\\$FILE/PL05794000706.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/42ade528dd43e45b05257eb600541726/$FILE/PL05794000706.PDF)

²³

[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/6f527cde733272fb05257eb600544dda/\\$FILE/05794DC09MAY000712.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/6f527cde733272fb05257eb600544dda/$FILE/05794DC09MAY000712.PDF)



por Resolución Suprema, sin tenerse que acreditar ninguna causa justificada, eliminando así la regla legal vigente que garantiza que dicha remoción sólo pueda ser efectuada en caso de falta grave debidamente fundamentada y acreditada, implicaría una alteración en el diseño de remoción de los funciones del Estado, en tanto el inciso 6 del artículo 32 de la LOPE, señala expresamente que la remoción al cargo se configura por falta grave e incompetencia manifiesta, tal como se indica a continuación:

“Artículo 32.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

(...)

6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese. (...)

Por tanto, sería necesario que se revise la pertinencia de dicha propuesta legislativa, teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley N° 079-2021-CR viene siendo tramitado como una “Ley Ordinaria”, la cual no puede modificar una “Ley Orgánica”, tal como lo ha señalado el **Tribunal Constitucional**²⁴ al interpretar el sentido y alcances del Art. 106 de la Constitución Política del Perú:

“Como se ha establecido anteriormente, de forma complementaria al número de votos requeridos para su aprobación, el Congreso debe establecer de forma expresa que una propuesta legislativa tiene como objeto modificar una ley orgánica, de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 106° de la Constitución.”

Dicha situación, contrariamente al objetivo de fortalecer a los Organismos Reguladores, genera incertidumbre en el desempeño del cargo y podría generar espacios para la captura del regulador y con ello, afectar la toma de decisiones para la regulación de los mercados regulados, lo cual podría repercutir negativamente en los usuarios.

Sobre la propuesta de eliminación del periodo de designación de los miembros, la posibilidad de reelección y las causales de vacancia de los miembros del Consejo Directivo, debe indicarse que en la Exposición de Motivos no se sustenta la razón para suprimir las referidas disposiciones; contraviniendo el artículo 2 de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, Ley N° 26889²⁵.

En el año 2017, la OCDE publicó el documento creando una “*Cultura de independencia: Guía práctica contra influencias indebidas*”, en el cual indica y desarrolla cada una de las medidas fundamentales para crear una cultura de independencia. Entre ellas se encuentra la claridad de roles y responsabilidad, la transparencia y rendición de cuentas, la independencia financiera, el comportamiento del personal y la independencia del equipo directivo. En este último punto se indica que es importante que su elección, así como su nombramiento y revocación, sean procesos transparentes y responsables. En la

²⁴ Cfr. Fund. 14 de la Sentencia emitida en el Exp. N° 0023-2008-PI/TC.

²⁵ Artículo 2.- DE LOS PROYECTOS DE LEY

Los Proyectos de Ley deben estar debidamente sustentados en una exposición de motivos”



conformación de los Consejos Directivos, los nombramientos deben ser graduales, la duración de los cargos debe trascender los ciclos electorales y los mandatos deben ser de al menos cinco (5) años para permitir desarrollar conocimientos y experiencia. El profesionalismo e integridad de los directivos debe protegerse evitando influencias indebidas (conflicto de intereses, procesos de salida, entre otros).

Ahora bien, sobre ello manifestamos nuestra preocupación, toda vez que tal como hemos señalado anteriormente, se debe garantizar que una vez designados, los miembros del Consejo Directivo gocen de *autonomía en sus decisiones*, evitando los riesgos de conflictos de interés o de “captura del regulador” a través del establecimiento de incompatibilidades para la designación; pero también los riesgos de “captura política” que impliquen presiones de los distintos niveles de gobierno a sus miembros para tomar decisiones en favor de determinados grupos de interés y no del interés público, lo que se minimiza mediante un periodo establecido para ocupar dicho rol una vez elegidos, así como causales taxativas para su remoción y vacancia.

En esa línea, consideramos que un concurso público transparente -como los que se vienen realizando en la actualidad- garantiza la elección de funcionarios idóneos; y que el miembro reelecto goza de mayor experiencia, la cual se vería reflejada en las decisiones que adopte el Organismo Regulador; cuyas actuaciones son eminentemente técnicas. Por ello, una posible reelección reduce los costos de aprendizaje en la dirección de sectores altamente especializados.

Por último, el Proyecto de Ley no toma en cuenta que, en países desarrollados como los Estados Unidos, es posible la reelección de los directores de las instituciones reguladoras²⁶.

4.3.1.3. Del Consejo de Usuarios

Se propone modificar el artículo 9-A de la Ley Marco, con el fin que establecer que el cargo de miembro del Consejo de Usuarios sea retribuido mediante el pago de dietas, las cuales no superarán las cuatro (4) dietas como máximo al mes.

Al respecto, señalamos que dicha propuesta resulta inequitativa frente a la labor que desde hace veinte años vienen desarrollando los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, quienes desde el año 2001, sólo están legalmente facultados a cobrar un máximo de dos (2) dietas al mes, lo cual no guarda correspondencia alguna con la alta responsabilidad asumida y la trascendencia de las decisiones que toman dichos cuerpos colegiados.

En efecto, en el proceso de desarrollo y consolidación de los Organismos Reguladores, la tarea de los Consejos Directivos se ha ido complejizando y su carga de temas a resolver se ha ido incrementando de manera sostenida a lo largo de los años. Así, por ejemplo, en el caso del Consejo Directivo del OSIPTEL, sólo para hablar de los últimos cinco (5) años, las sesiones del Consejo Directivo han ido aumentando año tras año: 30 sesiones en 2016, 34 sesiones en el 2017, 36

²⁶ Edwin Quintanilla Acosta citando la obra de Charles Phillips, en la “Autonomía institucional de los Organismos Reguladores: Revisión de Literatura”. Escuela de Administración de Negocios para Graduados, 2004. - 53 p. - (Serie Documentos de Trabajo N° 14).



sesiones en el 2018, 33 sesiones en el 2019, 52 sesiones en el 2020 y en lo que va del 2021 sólo hasta el mes de agosto 46 sesiones. Similar situación se advierte en los demás Organismos Reguladores.

Bajo las mismas consideraciones, se advierte también la inviabilidad de la propuesta por la que el Proyecto de Ley, pues ello implicaría utilizar indebidamente los ingresos provenientes del rendimiento de Aporte por Regulación.

4.3.1.4. Aporte por Regulación

El proyecto de ley bajo comentario propone incluir en el primer párrafo del artículo 10, la precisión que el aporte por regulación no tiene carácter tributario.

Asimismo, se establece que el 10% del saldo de balance anual de aportes por regulación serán destinados al financiamiento de las asociaciones de consumidores, y tendrán carácter de recursos propios.

Sobre la propuesta para considerar que el aporte por regulación no tiene carácter tributario, debe advertirse que, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional²⁷ y el Tribunal Fiscal²⁸ el referido Aporte por Regulación, como es el caso del aporte que recauda el OSIPTEL, está constituido como un tributo del tipo "Contribución", pues su cobro se genera por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse de la actividad reguladora que brinda el Estado; siendo así que el desarrollo de las funciones de los organismos reguladores trae consigo beneficios al mercado en general y a los contribuyentes del aporte en especial, pues estos se ven beneficiados con el ahorro de costos de transacción que se derivan de su actuación en el mercado, generándose un beneficio diferenciado a favor de los contribuyentes del tributo.

En este sentido, la adición propuesta para la modificatoria implicaría una contradicción de lo expresamente señalado por el Tribunal Constitucional en su precitada Sentencia emitida en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC²⁹, donde se precisa de manera indiscutible la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación:

"(...)

Naturaleza de los denominados "aportes por regulación"

3. A estos efectos, es menester definir la naturaleza de este tipo de cobros. A juicio de este Tribunal es indiscutible que tienen naturaleza tributaria y, en virtud de ello, están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74° de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales. (...)

Complementariamente, debe indicarse que la incidencia tributaria está respaldada por el Tribunal Fiscal, en su Resolución N° 416-1-2009³⁰, declarada como Precedente de Observancia Obligatoria, en la cual señaló textualmente que:

²⁷ Cfr. Fund. 6 de la Sentencia emitida en el Exp. N° 1520-2004-AA/TC.

²⁸ Ver RTF N° 416-1-2009.

²⁹ <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03303-2003-AA.pdf>

³⁰ http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2009/1/2009_1_00416.pdf



“(…) cabe concluir que los aportes por regulación bajo análisis constituyen contribuciones. (...)”.

En consecuencia, el Tribunal Fiscal como órgano resolutorio de última instancia administrativa en materia tributaria y aduanera, determinó que el Aporte por Regulación es un tributo cuya subespecie es la contribución mediante una resolución de observancia obligatoria; llámese a dicha calificación como actos administrativos que interpretan de modo claro, expreso y general el sentido de la norma y que ayudarán a resolver casos particulares.

Siendo el Aporte por Regulación una contribución, origina en el contribuyente una serie de obligaciones tributarias, como la obligación tributaria formal de presentar la Declaración Jurada Anual correspondiente y de existir aporte resultante, deberá también cumplir con la obligación sustancial de pagar el tributo, aplicándose las normas que regulan al OSIPTEL (normativa interna especial), las mismas a las que también son competentes las normas del Código Tributario.

En el mismo sentido, dicha Resolución N° 416-1-2009 recoge lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1520-2004-AA/TC del 9 de diciembre de 2005, donde señala que el aporte pagado a los Organismos de Regulación es una contribución de naturaleza tributaria.

Considerando ello, el Proyecto de Ley eliminaría el revestimiento jurídico tributario del Aporte por Regulación, dejando en desventaja la gestión y el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, así como las normas y mecanismos que tenemos como Administración Tributaria; que en una primera fase obedece a (i) informar y conducir a nuestros contribuyentes (empresas operadoras) sobre la observancia de sus obligaciones, y en segunda fase a (ii) ejercer presión y concientización destinada al cumplimiento tributario y a la captación y/o al recupero de las deudas a favor de la institución para la recaudación de los mismos.

Es necesario recordar que, la contribución tributaria obedece a una contraprestación pagada al Estado, para que éste proporcione un servicio público en beneficio del administrado, por ejemplo: los servicios propios de la regulación sobre las empresas operadoras destinadas en generar eficiencias y reducir los costos de transacción en el mercado de las telecomunicaciones; en beneficio de los usuarios y de las empresas operadoras al regular el mercado de la libre competencias.

Al respecto, el origen del hecho generador del Aporte por Regulación está sustentado en la actividad reguladora del sector de telecomunicaciones, conducido a las labores institucionales que se realizan y que generan beneficios, no solo para la sociedad, sino además para las mismas empresas contribuyentes del Aporte por Regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza el funcionamiento del mercado.

Sobre la propuesta de destinar el 10% del saldo de balance anual del Aporte por Regulación para el financiamiento de la Asociación de Consumidores, dándoles la calidad de ingresos propios, es importante señalar que, el OSIPTEL es un Organismo Regulador cuyas actividades son financiadas principal y directamente con recursos recaudados, provenientes del tributo (Aporte por



Regulación) y al haberse reducido los ingresos captados por parte de los contribuyentes; se sustentó el incremento de la alícuota del Aporte, recogido y aprobado mediante Decreto Supremo N° 134-2021- PCM, cuya vigencia es desde enero 2022.

Ahora, es importante señalar que, en la generación de saldos de balance en el OSIPTEL, se considera lo siguiente:

- (i) Gastos comprometidos que no pudieron ser devengados al cierre fiscal por causas ajenas a la Entidad; como, por ejemplo: a) El incumplimiento de parte del proveedor en la entrega de bienes y/o prestación de servicios, conforme a las condiciones establecidas en las especificaciones técnicas y/o términos de referencia, b) El incumplimiento de parte del proveedor en la entrega de documentos establecidos en las normas Tesoro Público para que sea posible el devengado, entre otros.
- (ii) Gastos que no fueron ejecutados debido al personal vacante de los Decretos Legislativos N° 728 y N° 1057, que se genera debido a: a) Los periodos de contratación de los reemplazos del personal que en general abarcan de 2 a 3 meses, situación que se agrava con la alta rotación de personal, debido a la búsqueda de mejores condiciones laborales y b) Los periodos de atención de trámites en el Ministerio de Economía y Finanzas en los casos en que es necesario modificar documentos de gestión como: el Presupuesto Analítico de Personal (PAP), por ejemplo el trámite del PAP del año 2021 que se remitió el 31 de marzo de 2021 y fue aprobado en setiembre, debido a esta demora no se ha podido contratar varias plazas del Decreto Legislativo N° 728.

Asimismo, el Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM en el último párrafo del artículo 92, dispone que el OSIPTEL debe transferir al FITEL sus saldos de balance:

“El OSIPTEL transferirá semestralmente al FITEL la diferencia entre los recursos percibidos y los comprometidos en dicho semestre, con excepción de la reserva necesaria para mantener su buen funcionamiento y, del excedente que pudiera generarse de los recursos a que se refiere el presente Reglamento”.
(Subrayado agregado)

Es decir, los saldos de balance del OSIPTEL ya tienen un destino específico; sin embargo, la misma disposición establece la excepción de la transferencia, correspondiente a la reserva para mantener el buen funcionamiento de la institución; es por dicho motivo que el OSIPTEL ha utilizado los saldos de balance en los últimos años para:

- (i) Financiar los Gastos comprometidos que no pudieron ser devengados al cierre fiscal por causas ajenas a la Entidad
 - a. Los compromisos mencionados corresponden a órdenes de compra, órdenes de servicio y contratos firmados por la Entidad, que al no haber sido devengados significa que al año siguiente deberán ser financiados porque son obligaciones asumidas por la Entidad que no cuentan con



Presupuesto, ya que no es posible prever incumplimientos de parte del Proveedor.

- b. Dicha acción de financiar con cargo a saldo de balance las obligaciones asumidas no devengadas al cierre, se considera como reserva para mantener el buen funcionamiento institucional.

(ii) Financiar las nuevas funciones asignadas al Regulador sin el correspondiente Presupuesto

Desde el año 2013 al OSIPTEL le han asignado nuevas funciones sin el correspondiente Presupuesto tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo, ya que la normativa correspondiente señalaba que las funciones asignadas debían ser financiadas con el presupuesto del OSIPTEL sin irrogar mayores gastos al Tesoro Público. Las funciones adicionales en detalle son:

- Supervisión de las obligaciones contraídas por la empresa Telefónica Móviles S.A. (hoy, Telefónica del Perú S.A.A.) con el Estado Peruano, tras la renovación del plazo de sus contratos de concesión (Resolución Ministerial N° 091-2013-MTC/03 publicada en el año 2013).
- Mayor carga de supervisión en temas de contratación (sistema biométrico / no biométrico) y de seguridad ciudadana.
- Regulación y supervisión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (RDNFO).
- Regulación y supervisión de los Proyectos Regionales (redes de transporte y de acceso).
- Supervisión de bloqueo de señal de telefonía móvil en penales.
- Acceso de los emisores de dinero electrónico a los servicios móviles (Ley N° 29985, publicada el año 2013).
- Acceso de los Operadores Móviles Virtuales (OMV) a las redes de los concesionarios de telecomunicaciones (Ley N° 30083, publicada el año 2014).
- Operadores de Infraestructura Móvil Rural (OIMR).
- Supervisión al Reglamento de Calidad y Reglamento de Cobertura (integra la supervisión del Internet y la supervisión en zonas rurales).
- Obligaciones de los concesionarios para geolocalizar equipos móviles (Decreto Legislativo N° 1182, publicado el año 2015).
- Neutralidad de red (Ley N° 29904, de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica publicada el 20 de julio de 2012; Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley N° 29904 publicado el 4 de noviembre de 2013).
- Procedimiento de mandatos para la remoción de interferencias para la ejecución de obras de infraestructura (Decreto Legislativo N° 1330).

Así, el OSIPTEL ha debido dar cumplimiento a las funciones asignadas en las referidas normas, y debe tomarse en cuenta que el cumplimiento de dicha normativa coadyuva al cumplimiento de las metas y finalidades del Programa Presupuestal 0124 Mejora de la Provisión de Servicios de Telecomunicaciones donde el beneficiario es el usuario de telecomunicaciones. Por tanto ha correspondido financiar con cargo a los



saldos de balance las mayores funciones asignadas, y también se ha considerado mantener el buen funcionamiento institucional.

(iii) Financiar necesidades de inversión institucional

La Asignación Presupuestaria Multianual – APM, es determinada por el Ministerio de Economía y Finanzas, según lo establecido en el artículo 8 de la Directiva N° 001-2021-EF/50.01 Directiva de Programación Multianual Presupuestaria y Formulación Presupuestaria; dicha asignación no recoge la totalidad de necesidades de inversión; es más en los últimos cinco (5) años la asignación inicial en la genérica de gasto Adquisición de Activos No Financieros que es donde se registran las inversiones, han sido muy bajas:

Años	Año 2017	Año 2018	Año 2019	Año 2020	Año 2021
% de Presupuesto de Activos No Financieros con respecto al PIA	0.1%	0.7%	0.4%	0.7%	3.5%

PIA: Presupuesto Institucional de Apertura

La situación descrita ha generado que muchos de los activos de la Entidad no se encuentren en condiciones óptimas; más aun considerando que el OSIPTEL requiere contar con equipos acorde con el avance de la tecnología para efectuar la medición de la calidad; y el equipamiento informático y de redes necesario que soporte los servicios en línea que se brindan a los usuarios de telecomunicaciones, como, por ejemplo; “consulta tu IMEI”, “Señal OSIPTEL”, “Comparamóvil”, “Checa tu plan”, “PUNKU”, “Consulta tu expediente virtual TRASU”, entre otros.

Ello, ha implicado que el OSIPTEL haya tenido que financiar con cargo a saldos de balance las necesidades de inversión institucional, lo que se considera mantener el buen funcionamiento institucional.

Por todo lo expuesto, no resulta viable las propuestas planteadas, al pretender destinar un porcentaje de los saldos de balances generados por el tributo “aporte de regulación” a otro fin distinto que el Estado ha destinado y dispuesto para otros fines; en el caso del OSIPTEL al FITEL y a para financiar el funcionamiento institucional.

4.3.2. Modificación de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa al Consumidor

4.3.2.1. Del financiamiento para el funcionamiento de las asociaciones de consumidores

Se propone como nuevos numerales 156.1 y 156.5 del Código de Protección y Defensa del Consumidor que, los Organismos Reguladores deben celebrar



convenios con las asociaciones de consumidores para financiar su funcionamiento, mediante la entrega de un diez por ciento (10%) de los saldos de balance del año anterior con que cuente el OSIPTEL por concepto del aporte por regulación establecido en el artículo 10 de la Ley N° 27332.

Asimismo, señala que el 30 de noviembre de cada año será el plazo máximo para aprobar el Presupuesto de la Asociación que estaría a cargo del Organismo Regulador y dicho monto finalmente debe ser transferido el 15 de diciembre como máximo.

Sobre el particular, nos reiteramos en los comentarios señalados en el numeral 4.3.1.4 del presente informe, en que se precisa que el OSIPTEL es un Organismo Regulador cuyas actividades son financiadas principal y directamente con recursos recaudados, provenientes del tributo “Aporte por Regulación”.

En ese sentido, tal como se ha expuesto, existe la necesidad de mayores recursos económicos presupuestales para el financiamiento de las actividades institucionales propias del OSIPTEL, necesidades sustentadas en el incremento significativo del tamaño del mercado de los servicios de telecomunicaciones, el crecimiento asimétrico de los servicios móviles respecto a los servicios fijos, el aumento de labores de servidores destinado a atender reclamos y necesidades de supervisión y fiscalización; y las nuevas funciones asignadas en el marco de las actividades de regulación y supervisión de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Por lo tanto, la propuesta planteada en el Proyecto de Ley, al pretender destinar un porcentaje de los saldos de balances generados por los aportes de regulación, a una asociación de consumidores o grupo de particulares; afecta en principio el sostenimiento económico del OSIPTEL y, de otro lado, debe tenerse en cuenta que los recursos que el Estado ha destinado para determinados fines de interés público, no pueden ser dispuestos para otros fines que lo desnaturalicen.

Finalmente, es importante señalar que, de acuerdo con el Código de Protección al Consumidor – Ley N° 29571, las asociaciones de consumidores y usuarios (reconocidas y debidamente inscritas en el registro especial), pueden celebrar convenios con el INDECOPI y los Organismos Reguladores, a fin de disponer de un porcentaje de hasta el 50% de las multas administrativas impuestas. Para ello, el Decreto Supremo N° 032-2011-PCM ha establecido las condiciones para el uso de dichos montos por parte de las asociaciones de consumidores.

V. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, se concluye lo siguiente:

- 5.1. Los organismos reguladores que se encuentran bajo el ámbito de la Ley Marco, han sido creados para regular mercados especializados y garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional de servicios públicos de naturaleza técnica; mientras que OEFA se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia



ambiental”, siendo que el alcance de sus competencias comprende sólo los temas de protección ambiental en varios sectores económicos diferentes como minería, energía, pesquería e industria.

- 5.2. La OCDE (2014) señala que, para respaldar la integridad regulatoria a través de la toma de decisiones objetiva e imparcial, el órgano de gobierno de un regulador, es decir el Consejo Directivo, debe estar aislado de la influencia indebida de las partes interesadas (“stakeholders”), ministeriales o de la industria regulada, y que el papel del órgano de gobierno de un regulador independiente no es representar los intereses de las partes interesadas.
- 5.3. La inclusión de un (1) miembro representante de las asociaciones de consumidores y usuarios, bajo los términos establecidos en el proyecto de ley, restaría independencia a los organismos reguladores y no permitiría asegurar la integridad y confianza en el régimen regulatorio.
- 5.4. Los organismos reguladores, desde el año 2005, cuentan con Consejos de Usuarios, lo cual permite la participación de los agentes interesados en la actividad regulatoria, a través de una labor consultiva, garantizado una efectiva participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.
- 5.5. La propuesta para que los miembros de los Consejos Directivos de los Organismos Reguladores puedan ser removidos directamente por Resolución Suprema, sin tener que acreditarse ninguna causa justificada, eliminando así la regla legal vigente que garantiza que dicha remoción sólo pueda ser efectuada en caso de falta grave debidamente fundamentada y acreditada, implicaría una alteración en el diseño de remoción de los funciones del Estado, en tanto el inciso 6 del artículo 32 de la LOPE, señala expresamente que la remoción al cargo se configura por falta grave e incompetencia manifiesta.
- 5.6. La propuesta de eliminación del periodo de designación de los miembros, la posibilidad de reelección y las causales de vacancia de los miembros del Consejo Directivo no está sustentada en la Exposición de Motivos; lo cual contraviene el artículo 2 de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, Ley N° 26889.
- 5.7. Establecer un máximo de cuatro (4) dietas mensuales a los miembros del Consejo de usuario, resulta inequitativa frente a la labor que desde hace veinte años vienen desarrollando los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, quienes desde el año 2001, sólo están legalmente facultados a cobrar un máximo de dos (2) dietas al mes, lo cual no guarda correspondencia alguna con la alta responsabilidad asumida y la trascendencia de las decisiones que toman dichos cuerpos colegiados.
- 5.8. En tanto el aporte por regulación es un tributo del tipo contribución, origina en el contribuyente una serie de obligaciones tributarias, como la obligación tributaria formal de presentar la Declaración Jurada Anual correspondiente y de existir aporte resultante, deberá también cumplir con



la obligación sustancial de pagar el tributo; por lo que, al perder dicha condición, también se elimina la obligación del pago.

- 5.9. Existe la necesidad de mayores recursos económicos presupuestales para el financiamiento de las actividades institucionales propias del OSIPTEL, necesidades sustentadas en el incremento significativo del tamaño del mercado de los servicios de telecomunicaciones, el crecimiento asimétrico de los servicios móviles respecto a los servicios fijos, el aumento de labores de servidores destinado a atender reclamos y necesidades de supervisión y fiscalización; y las nuevas funciones asignadas en el marco de las actividades de regulación y supervisión de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- 5.10. No resulta viable pretender destinar un porcentaje de los saldos de balances generados por el tributo “aporte de regulación” a otro fin distinto que el Estado ha destinado y dispuesto para otros fines; en el caso del OSIPTEL, los saldos de balance están destinados al FITEL y, excepcionalmente, para financiar el funcionamiento institucional del OSIPTEL.

VI. RECOMENDACIONES

Considerando lo señalado, se recomienda lo siguiente:

- 6.1. El fortalecimiento de los Organismos Reguladores requiere de medidas adicionales, por lo que se recomienda que el Dictamen de los Proyectos de Ley N° 2462/2017-CR y N° 2483/2017-CR constituya el punto de partida de análisis para cualquier modificación a la Ley Marco.
- 6.2. Finalmente, se recomienda que el OSIPTEL remita el presente informe a la Presidencia del Consejo de Ministros y a la Comisión de Defensa al Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República.

Atentamente,

