

Una Estimación de la Autonomía Formal del Regulador de las Telecomunicaciones en el Perú*

Gonzalo Martín Ruiz Díaz**
Ana María Granda Becerra***

Resumen:

El presente artículo discute el concepto de autonomía de los organismos reguladores, implementando la metodología desarrollada por Gilardi¹ para la estimación de la autonomía formal del regulador peruano de las telecomunicaciones (OSIPTTEL). Los resultados permiten apreciar que la autonomía formal del OSIPTTEL se encuentra en niveles ligeramente superiores a la media de un conjunto de organismos pares sugiriendo que, a nivel formal, el marco regulatorio de telecomunicaciones confiere al regulador peruano grados razonables de autonomía en comparación con los estándares internacionales. Asimismo, se discute la relación del concepto de autonomía formal y el de autonomía *de facto*, a partir de los desarrollos de Gilardi y Maggeti², resaltando la importancia de ampliar y complementar el análisis del primero con el segundo, a fin de obtener mayores luces respecto de las fortalezas y debilidades de la regulación en el Perú y en la región, y delinear una agenda para su fortalecimiento.

Palabras clave:

Autonomía – Organismos Reguladores – Autonomía Formal – Telecomunicaciones – OSIPTTEL

Abstract:

This article talks about the concept of autonomy of regulatory agencies, implementing the methodology developed by Gilardi in order to estimate the formal autonomy of the Peruvian telecommunications regulator (OSIPTTEL). The results allow to appreciate that the formal autonomy of OSIPTTEL is slightly above the average of a set of pairs organisms levels suggesting that a formal level, the regulatory framework gives the Peruvian telecommunications regulator reasonable degree of autonomy compared to standards international. Also, the relation between the concept of formal autonomy and *de facto* autonomy is discussed, from developments of Maggeti Gilardi, specially the importance of broadening and supplementing the analysis of the first with the second, in order to obtain greater insight into the strengths and weaknesses of regulation in Peru and the region, and outline an agenda for strengthening.

Keywords:

Autonomy – Regulators – Formal Autonomy – Telecommunications – OSIPTTEL

Sumario:

1. Introducción – 2. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú – 3. Metodología – 4. Comentarios finales – 5. Referencias

* Las opiniones vertidas en el documento son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

** Doctor en Economía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister por el Programa de Postgrado ILADES/Georgetown University, Santiago Chile. Docente en la Maestría de Regulación de los Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Gerencias Aplicadas (UPC). Presidente del Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN.

1. Introducción

La creación de agencias regulatorias autónomas ha constituido parte importante de la reforma institucional emprendida tanto en países desarrollados como en desarrollo, con la finalidad de promover y atraer la inversión privada en infraestructura y servicios públicos. Diversos autores, tales como Stern³, Levy y Spiller⁴, Bakovic, Tenembaun y Wolf⁵, Berg y Cunha⁶ han sostenido que detrás de estas reformas ha existido el objetivo de mitigar los riesgos asociados a la inversión en estos sectores; en particular, aquellos derivados de la intervención administrativa de los gobiernos en los mercados.

La creación de agencias u organismos públicos que guarden cierta distancia del Poder Ejecutivo y de su influencia política es una materia que no ha estado exenta de debate. Algunos autores como Christensen y Laegreid⁷ o Laking⁸ resaltan la necesidad de que se establezcan claramente los límites de dicha autonomía y un adecuado balance entre ésta y el control político. Sin duda, la transferencia o delegación de funciones, tradicionalmente ejercidas por el gobierno central a agencias autónomas, involucra un “costo político” importante para los gobiernos, al restarles espacios de intervención y de ejercicio de sus potestades administrativas. Es por ello que en muchos países en desarrollo, como el Perú, estos procesos han formado parte de un conjunto de reformas implementadas por los Estados en situaciones en que ello ha sido considerado indispensable para fortalecer la credibilidad del Estado frente al inversionista privado y para el fomento de mayores inversiones en estos sectores. Así, por lo general, estas decisiones han estado acompañadas de diagnósticos acerca de la necesidad de introducir mejoras significativas en las condiciones de calidad, precio y accesibilidad

de los servicios públicos en beneficio de los usuarios.

Gilardi⁹ ha destacado que existen dos factores que han influido de manera determinante en la decisión de los gobiernos de delegar o introducir funciones regulatorias en agencias autónomas. El primero es el arriba mencionado problema de credibilidad que enfrentan los gobiernos. De acuerdo a la literatura –ver, por ejemplo, Kydland y Prescott¹⁰–, la falta de credibilidad suele ser consecuencia de la llamada “inconsistencia temporal” de las políticas: estas carecen de efectividad si los agentes económicos perciben que existe una alta probabilidad de que las mismas sean revertidas o modificadas, luego de ser anunciadas, debido a los incentivos propios que puede tener el gobierno para cambiar posteriormente de posición. El establecimiento de “candados institucionales” a efecto de evitar la inconsistencia temporal de políticas es clave, especialmente cuando el objetivo de los gobiernos consiste en atraer la inversión en determinadas actividades económicas y dar señales creíbles de que las mismas se encuentran protegidas ante potenciales “expropiaciones administrativas”¹¹. Ello corresponde a modificaciones sustanciales en el marco legal aplicable mediante el ejercicio de las potestades propias de la función administrativa del Estado.

Un segundo determinante que identifica Gilardi¹² para la creación de agencias autónomas es el de la incertidumbre política. Esta surge cuando un gobierno, con distintos objetivos de política, reemplaza a otro pudiendo modificar o alterar las reglas de juego. En este contexto, “aislar” o blindar dichas reglas de la amenaza del cambio político, es un objetivo que puede alcanzarse mediante la delegación o transferencia de funciones a agencias especializadas, cuyo mandato trasciende a los gobiernos de turno.

- 1 GILARDI, F. “Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis”, *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002, pp. 873-893.
- 2 GILARDI, F. y M. MAGGETTI. “The Independence of regulatory authorities”, en Levi-Faur, David Eds, *Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.
- 3 STERN. “Regulation and contracts for utility services: substitutes or complements? Lessons from UK railway and electricity history”, *Policy Reform*, Vol. 6 (4), December, 2003, pp. 193-215.
- 4 LEVY, B. y P. SPILLER. “The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A comparative Analysis of Telecommunications Regulation”, *Journal of Law, Economics and Organization*, 10(2), 1994, pp. 201-246.
- 5 BAKOVIC, T., B. TENEMBAUM y WOOLF F. *Regulation by Contract, A New Way to Privatize Electricity Distribution?*. World Bank Working Paper 14: Washington D.C., 2006.
- 6 BERG, S. y R. CUNHA MARQUES. *Revisiting the Strengths and Limitations of Regulatory Contracts in Infrastructure Industries*. Munich Personal RePEc Archive, June, 2010.
- 7 CHRISTENSEN T. y P. LAEGREID. “Regulatory Agencies: The Challenges of Balancing agency Autonomy and Political Control”, Working Paper 18, Stein Rokkan Centre for Social Studies U NIFOB AS, December 2004.
- 8 LAKING, R. “Agencies: their benefits and risks”, *OECD Journal on Budgeting*, Volume 4, 2005, No. 4.
- 9 GILARDI, Fabrizio (2005) “The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors”. *En Swiss Political Science Review* 11(4).
- 10 KYDLAND, F. y E. PRESCOTT. “Rules rather than discretion: the inconsistency of Optimal Plans”, *Journal of Political Economy* 85(3), 1977, pp. 473-491.
- 11 Término empleado en LEVI, B. y P. SPILLER. “The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A comparative Analysis of Telecommunications Regulation”, *Journal of Law, Economics and Organization*, 10(2), 1994, pp. 201-246.
- 12 GILARDI, Fabrizio (2005) “The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors”. *En Swiss Political Science Review* 11(4).

Si bien existe cierto consenso respecto a la autonomía e independencia como atributo deseable de estas agencias u organismos dedicados a la regulación, recién durante la última década se aprecian los primeros intentos por medir dicha independencia así como sus determinantes. En particular, Gilardi (2005)¹³ y Gilardi (2011)¹⁴ han identificado un conjunto de rasgos que caracterizan a una agencia u organismo regulador independiente entre los que destacan, el *status* del líder de la agencia, el *status* de los miembros de sus consejos directivos, la relación entre la agencia y el parlamento, la organización y autonomía presupuestaria y las competencias reguladoras.

El presente artículo pretende aplicar por primera vez dicha metodología al marco regulatorio de telecomunicaciones peruano y, en particular, al caso del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, "OSIPTEL"). La siguiente sección hace una breve introducción al marco regulatorio vigente en el sector telecomunicaciones peruano, la tercera implementa la metodología de Gilardi para la estimación de la autonomía formal del OSIPTEL, mientras que la cuarta compara los resultados obtenidos con los cálculos hechos para otros países y presenta algunos comentarios finales relativos al concepto de autonomía formal y el de autonomía *de facto*. Se aprecia que el OSIPTEL exhibe niveles de autonomía formal comparables a los de sus pares de otros países, en particular, diversas agencias regulatorias en países desarrollados.

2. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú

Han transcurrido 21 años desde la conformación del regulador de las telecomunicaciones peruano OSIPTEL en enero de 1994, el cual tuvo como partida de nacimiento el Decreto Legislativo N° 702 del año 1991, el cual aprobó las Normas que regulan la promoción de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, en adelante la Ley de Telecomunicaciones¹⁵. Desde entonces, el sector telecomunicaciones peruano ha sido objeto de importantes transformaciones como consecuencia de los avances tecnológicos y los cambios en la estructura del mercado de servicios de telecomunicaciones.

En el proceso de desarrollo registrado en el sector durante estos años, pueden distinguirse cuatro

fases. Una primera caracterizada por el monopolio estatal (con participación privada minoritaria), que se extendió hasta 1994, año en que se registró la venta de las acciones de las empresas estatales: Compañía Peruana de Teléfonos (en adelante, "CPT") y Entel Perú, así como la suscripción del Contrato de Concesión de los servicios de telefonía fija a la empresa Telefónica del Perú (en adelante, "TdP"). A partir de entonces, se inició un periodo denominado "concurrancia limitada" en los mercados de servicio local y larga distancia nacional e internacional (1994 – 1998), caracterizado por la presencia de TdP como la única empresa prestadora de servicios de telefonía fija bajo la supervisión del OSIPTEL. Dicho proceso se caracterizó también por la implementación de un rebalanceo tarifario entre los servicios de telefonía fija y telefonía de larga distancia, el cual estuvo sujeto al cumplimiento de metas de expansión de los servicios, establecidas en el contrato de concesión. En 1998 se inicia un periodo de apertura del mercado (1998 – 2005) para el ingreso de nuevos operadores, con el objetivo de lograr la desmonopolización del mercado peruano y la promoción de la competencia. Tiempo después, en el año 2005 se inicia una cuarta fase caracterizada por la innovación de los servicios y la aceleración de la convergencia tecnológica, a través de la masificación de los servicios de telefonía móvil y el desarrollo del internet.

Por otro lado, si bien OSIPTEL nace en 1991, recién entra en funcionamiento en enero del año 1994. La referida Ley de Telecomunicaciones (Decreto Legislativo N° 702 modificado por el Decreto Ley N° 26095) lo constituyó como la autoridad estatal encargada de regular y supervisar el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y velar por los derechos de los usuarios. Para el logro de su misión, la Ley de Telecomunicaciones le otorgó autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa, la cual mantiene hasta la fecha de acuerdo al marco legal vigente. La agenda del OSIPTEL ha acompañado este proceso, el mismo que ha requerido de la intervención regulatoria y de la supervisión permanente de este organismo. Algunos episodios clave del rol que ha jugado el OSIPTEL en los últimos años son:

- i. La implementación del factor de productividad en la telefonía fija, que ha permitido que el Perú pase de ser el país con la telefonía fija más cara de la región a registrar tarifas menores al promedio regional;

13 GILARDI, Fabrizio (2005) "The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors". En *Swiss Political Science Review* 11(4).

14 GILARDI, F. y M. MAGGETTI. "The Independence of regulatory authorities", en *Levi-Faur, David Eds, Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

15 El Decreto Legislativo N° 702, Normas que regulan la promoción de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, fue modificado por el Decreto Ley N° 26095. Posteriormente, dichas normas fueron compendiadas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, publicado el 06 de mayo de 1993, actualmente vigente.

- ii. la introducción del sistema de “el que llama paga” que ha permitido el vertiginoso desarrollo de la telefonía móvil;
- iii. la introducción de la regulación de cargos de interconexión en la telefonía móvil para promover competencia en dicho servicio; y,
- iv. el impulso a la portabilidad numérica que ha permitido en los últimos años fortalecer la competencia en el sector.

Los cambios tecnológicos y el grado de desarrollo del sector han obligado al regulador a adecuar progresivamente sus objetivos institucionales a los cambios de la industria. Dicho rol se ha mantenido en el tiempo, en gran medida, debido a la autonomía técnica de la que ha gozado la organización.

Como se ha mencionado anteriormente, en línea con la tendencia internacional, durante la década de los noventa el Estado Peruano delegó un conjunto de facultades normativas, de regulación, supervisión y solución de controversias a agencias altamente especializadas e independientes con el objeto de dotar de credibilidad y estabilidad a dichos sectores, así como disminuir la incertidumbre y riesgos de cambios en las reglas de juego como consecuencia de los cambios de Gobierno o de la intervención política en decisiones que afectarían la inversión. En efecto, como se ha mencionado, la estabilidad de las políticas regulatorias y la seguridad jurídica son requisitos importantes para que los Estados logren atraer la inversión privada a sus países, dar señales de credibilidad y reducir el riesgo regulatorio.

En esta línea, el grado de “autonomía formal” que los gobiernos otorgan a las agencias reguladoras se puede evaluar en distintas dimensiones, tales como las facultades concedidas al titular de la agencia reguladora y a su Directorio, la relación de la agencia con el Gobierno y el Congreso, su autonomía económica y financiera, así como la extensión de sus potestades regulatorias. A continuación se describe la metodología desarrollada por Gilardi¹⁶ para medir el grado de autonomía formal de las agencias reguladoras.

3. Metodología

La literatura reciente presenta algunos intentos de conceptualizar y medir la autonomía de

las agencias reguladoras. Por ejemplo, Gilardi y Maggeti¹⁷ conciben la autonomía de las agencias reguladoras en función de dos factores importantes: su autodeterminación y la capacidad de traducir sus objetivos en acciones.

El primero consiste en la manera en que ciertas organizaciones determinan sus intereses y valores, los cuales son distinguibles de otras organizaciones y fuerzas sociales. El segundo consiste en la potestad de la agencia reguladora de trasladar dichos valores y objetivos a acciones propias, sin limitaciones externas. Es importante señalar que la autonomía nunca podrá ser absoluta, debiendo entenderse en sentido relativo, toda vez que los objetivos y decisiones de las entidades dependerán de sus interacciones sociales con los demás actores en un contexto institucional determinado¹⁸.

A fin de medir el grado de autonomía formal de las agencias reguladoras, Gilardi¹⁹ considera una serie de aspectos vinculados con la constitución de las agencias reguladoras, de tal manera que se garantice su independencia de las autoridades políticas elegidas. A efectos de realizar tal aproximación, Gilardi²⁰ identifica cinco dimensiones.

La primera se encuentra vinculada al estado que corresponde al titular de la agencia reguladora y/o a su consejo directivo. En esta parte resulta crucial la extensión de su mandato, toda vez que un mandato más largo incrementa la autonomía de la entidad; el proceso de selección de los titulares de las agencias por una sola autoridad, como un ministro o mediante un procedimiento más complejo; las causales para su separación o retiro del cargo; las posibilidades de renovación de su designación, si el cargo es compatible con otros cargos públicos y, si el nivel de independencia del titular es requisito para su designación. La segunda dimensión tiene que ver con la relación entre las agencias y las autoridades políticas elegidas; cuáles son sus obligaciones formales y bajo qué condiciones las decisiones de la agencia pueden ser revisadas. La tercera dimensión atiende a la autonomía organizacional y financiera de la agencia; la fuente de sus recursos, es decir si provienen del Tesoro Público o de otras fuentes tales como aportes de las empresas reguladas, y si la agencia puede determinar su estructura orgánica interna y sus políticas remunerativas. La

16 GILARDI, Fabrizio (2005) “The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors”. En *Swiss Political Science Review* 11(4).

17 GILARDI, F. y M. MAGGETTI. “The Independence of regulatory authorities”, en *Levi-Faur, David Eds, Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

18 *Ibidem*. Pág. 3.

19 GILARDI, F. “Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis”, *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002.

20 *Idem*.

cuarta dimensión se vincula con las competencias regulatorias que son delegadas a la agencia.

A continuación se presenta una aplicación de la metodología al caso del OSIPTEL.

3.1 El caso de OSIPTEL

A continuación, aplicaremos el Índice Gilardi (en adelante, "IG") al caso peruano, con el objetivo de aproximarnos en un primer estudio al nivel de "Autonomía Formal" que actualmente goza el OSIPTEL para el cumplimiento de sus fines institucionales.

Tabla N° 1. Estimación del Índice Gilardi para OSIPTEL

		Puntaje	Peso
A	Estatus del líder de la agencia	0.59	0.20
	1 Tiempo de designación	0.60	
	2 Encargado de su designación	0.25	
	3 Supuestos de remoción	0.67	
	4 Posibilidad de tener otras posiciones en el Estado	0.50	
	5 Posibilidad de renovación de mandato	0.50	
	6 Exigencia formal de independencia	1.00	
B	Estatus de Miembros del Consejo Directivo	0.59	0.20
	7 Tiempo de designación	0.60	
	8 Encargado de su designación	0.25	
	9 Supuestos de remoción	0.67	
	10 Posibilidad de tener otras posiciones en el Estado	0.50	
	11 Posibilidad de renovación de mandato	0.50	
	12 Exigencia formal de independencia	1.00	
C	Relación con gobierno y Parlamento	0.63	
	13 Independencia formal de la agencia	1.00	
	14 Obligaciones formales de la agencia respecto al gobierno	0.25	
	15 Obligaciones formales de la agencia respecto al parlamento	1.00	
	16 Reversión de las decisiones sobre las cuales la agencia tiene competencia exclusiva, por parte de organizaciones distintas al poder judicial		
D	Organización y autonomía presupuestaria	0.56	0.20
	17 Fuentes de ingreso de la agencia	1.00	
	18 Control de presupuesto	0.25	
	19 Decisión sobre estructura interna de la agencia	0.50	
	20 Decisión sobre política de personal de la agencia	0.50	
E	Competencia Regulatorias	1.00	0.20
	21 Competencias regulatorias en el sector	1.00	
	Total	0.67	

En esta parte analizaremos los fundamentos de la puntuación otorgada a cada uno de los indicadores que integran los criterios de medición de la autonomía formal del OSIPTEL de acuerdo al IG²¹, en base al marco legislativo que regula a la entidad.

3.1.1 Primer criterio

A) Estatus del líder de la agencia reguladora:

Según el IG el estatus del líder de la entidad, que en este caso es el Presidente del Consejo Directo del OSIPTEL, se debe medir base a los siguientes indicadores:

- Tiempo de designación:

La Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en adelante la "Ley Marco", en su artículo 6, numeral 6.5, establece que la designación del Presidente del Consejo Directivo, así como de los demás miembros del indicado Consejo, corresponde a un período de cinco (5) años.

La extensión de este periodo, en nuestra opinión, otorga al titular de la entidad la oportunidad de desarrollar políticas para su gestión, implementar las mismas, evaluar sus resultados y efectuar ajustes en sus objetivos y procesos en base a la retroalimentación; con lo cual, la puntuación que se otorga a este factor en el presente análisis, es alta. En efecto, Gilardi²² otorga una puntuación que va desde 1 (casos en que el periodo de nombramiento es de ocho (8) años) a cero cuando el periodo no está establecido. El puntaje asignado a periodos de cinco (5) años es de 0.6.

- Encargado de su designación:

En lo concerniente a la designación del titular del Consejo Directivo, la Ley Marco en su artículo 6, numerales 6.1 y 6.2, establece que los candidatos son propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros mediante una terna seleccionada, previo Concurso Público.

Los criterios de selección, según dispone la Ley Marco en el artículo 7 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, en el artículo 11 son: Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio; contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional, que se acredita demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva, entendiéndose por tal la toma de decisiones en empresas públicas o privadas, instituciones públicas y organismos internacionales; o cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia del organismo regulador; así como, contar con por lo menos estudios

21 Tabla N° 1

22 GILARDI, F. y M. MAGGETTI. "The Independence of regulatory authorities", en *Levi-Faur, David Eds, Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

completos a nivel de maestría en materias de índole legal, regulatoria, económica, de administración o técnica, relacionadas a las actividades y funciones que corresponden al respectivo Organismo Regulador, es decir en Telecomunicaciones.

El titular es designado mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada. Cabe resaltar que en el caso del OSIPTEL, corresponderá la participación del Ministro de Transportes y Comunicaciones como sector al que pertenece el regulador.

El IG asigna un puntaje de 1 cuando quien designa al Presidente es el propio Consejo Directivo. En el caso en que el Presidente es designado por un colectivo de funcionarios del ejecutivo, el puntaje asignado es 0.25.

- Supuestos de remoción:

Según dispone la Ley Marco, en su artículo 6, numeral 6.4, el Presidente del Consejo Directivo, así como sus demás integrantes, solo podrán ser removidos en caso de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorga un plazo de quince (15) días para presentar sus descargos.

El Reglamento de la Ley Marco, en el artículo 12, establece como causales de falta grave, la condena por comisión de delitos dolosos, con sentencia firme; la obtención o procuración de beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad o influencia; la participación en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada del Organismo Regulador o permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés; el incumplimiento de sustentar su voto singular o en discordia hasta el día siguiente de formulado dicho voto, en tres (3) acuerdos que haya adoptado el Consejo Directivo en el período de un (1) año; la realización de actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos; la demora injustificada en el cumplimiento de sus funciones y/o la inobservancia injustificada de los plazos legales correspondientes que traigan como consecuencia el retraso en el cumplimiento de los plazos legales y/o contractuales en la ejecución de obras bajo el ámbito de regulación del Organismo Regulador; y, la inasistencia injustificada a tres (3)

sesiones consecutivas o cinco (5) no consecutivas del Consejo Directivo, en el período de un (1) año, salvo licencia autorizada.

Cabe resaltar que en caso de vacancia, se deberá designar un reemplazante para completar el período correspondiente, para cuyo efecto se aplica el procedimiento de designación referido en párrafos anteriores. La remoción se realizará mediante Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del Sector al que pertenece la actividad económica regulada, es decir el Ministro de Transportes y Comunicaciones, debiendo el Presidente del Consejo de Ministros informar dentro de los diez (10) días útiles a la Comisión Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron la remoción.

Gilardi²³, asigna un puntaje de 1 cuando el Presidente del Consejo Directivo no puede ser cesado. Cuando éste puede ser cesado por razones ajenas a su quehacer de política regulatoria, el puntaje aplicable es 0.67.

- Posibilidad de tener otras posiciones en el Estado:

De conformidad con el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

Cabe resaltar además que la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, en su artículo 38, dispone que los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley. Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades, o empresas estatales, o en Tribunales Administrativos, o en otros órganos colegiados. Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.

Por consiguiente, el Presidente del Consejo Directivo no puede tener alguna posición o cargo público remunerado adicional en el Estado Peruano mientras ejerza la Presidencia del OSIPTEL. Asimismo, tampoco puede recibir

23 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002, pp. 873-893.

remuneración, retribución o cualquier tipo de ingreso y pensión del Estado simultáneamente. Las únicas excepciones son los ingresos por función docente y por la participación en un (1) Directorio adicional en entidad, empresa pública o Tribunal Administrativo del Estado.

De la interpretación de las referidas normas, se concluye que el titular de la Entidad podría ejercer efectivamente algún otro cargo "no remunerado" en el Estado; o, podría integrar más de un Directorio de entidad estatal siempre que no cobre dieta por el segundo Directorio. Sin embargo, de conformidad con la Ley Marco, en su artículo 8, el Titular del Regulador no podría ser a la vez con remuneración o sin ella, Presidente o Vicepresidentes de la República, Ministro de Estado, Congresista, Vocal de la Corte Suprema de Justicia, titular o miembro del Órgano Colegiado de algún Organismo Constitucional Autónomo, Contralor o Sub-contralor General de la República, Presidente Ejecutivo de EsSalud, Viceministro o Director General de ministerio o funcionario de rango equivalente.

El IG asigna una puntuación de 1 cuando el titular de la entidad no puede ejercer funciones en otra y de 0.5 cuando esta solo es permitida bajo autorización del ejecutivo. Toda vez que los nombramientos en directorios u otros organismos claves, en la mayor parte de los casos, está sujeta a un dispositivo aprobado por alguna autoridad del Poder Ejecutivo (sea esta Presidente de la República, un Ministerio o una Autoridad Administrativa), se ha asignado en este caso una puntuación de 0.5 para el caso de OSIPTEL.

- Posibilidad de renovación de mandato:

De conformidad con el artículo 6, numeral 6.5 de la Ley Marco, el Presidente del OSIPTEL puede ser designado por un período adicional, es decir por cinco años (5) adicionales al primer periodo designación. Esta disposición se aplica de igual manera a los demás miembros del Directorio según dispone la misma ley.

Gilardi²⁴, asigna un puntaje de 1 cuando no es posible la renovación y de 0.5 cuando es permitida la renovación por una sola vez. En tal sentido se ha asignado en este caso un puntaje de 0.5.

- Exigencia formal de independencia:

Con el objeto de determinar el presente factor, consideraremos en primer lugar, las incompatibilidades legales y prohibiciones dispuestas en el marco legal vigente.

La Ley Marco, en su artículo 8, dispone que no pueden ser miembros del Consejo Directivo, léase ni por lo tanto titular de la entidad toda vez que este preside el órgano colegiado, las personas incursas en los siguientes impedimentos:

- a) Los titulares de más del uno por ciento (1%) de acciones o participaciones de empresas vinculadas a las actividades materia de competencia de cada Organismo Regulador. Asimismo, los directores, representantes legales o apoderados, empleados, asesores o consultores de tales empresas o entidades;
- b) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros de Estado, los representantes del Congreso, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del Órgano Colegiado de los Organismos Constitucionalmente Autónomos, el Contralor y el Sub-contralor General de la República, el Presidente Ejecutivo de EsSalud, los Viceministros y los Directores Generales de los Ministerios o funcionarios de rango equivalente, mientras ejerzan el cargo y hasta un (1) año después de cesar en el mismo;
- c) Las personas que prestaron servicios a las entidades reguladas o mantuvieron con ellas relación comercial, laboral o de servicios, bajo cualquier modalidad en el período de un (1) año anterior a su designación, con la única excepción de quienes sólo tuvieron la calidad de usuarios.

Por su parte, el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, en adelante el "Reglamento General del OSIPTEL", establece en el artículo 112, que dichas incompatibilidades subsisten mientras ejerzan los cargos mencionados (Presidente o miembro del Consejo Directivo del OSIPTEL) y hasta seis (6) meses después de cesar en los mismos por cualquier causa. Tampoco pueden ejercer el cargo quienes hayan sido destituidos de algún cargo público o quienes hayan sido condenados por la comisión de algún delito doloso.

Cabe resaltar además que el artículo 113, del Reglamento General del OSIPTEL establece para los miembros del Consejo Directivo las siguientes prohibiciones:

- a) Defender o asesorar pública o privadamente causas ante el OSIPTEL, o ante cualquier entidad delegada, salvo causa propia o la de su cónyuge o concubino. Esta prohibición subsiste hasta un año (1) después de su

24 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002.

alejamiento del cargo para aquellas causas en que hubiesen participado directamente como funcionarios del OSIPTEL o de una entidad delegada según fuera el caso.

- b) Aceptar de los usuarios, o sus abogados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge o concubino, ascendiente, descendiente o hermano, por el ejercicio de sus funciones.
- c) Admitir o formular recomendaciones en procesos seguidos ante el OSIPTEL o cualquier entidad delegada, salvo aquellas que les corresponde efectuar en ejercicio de las competencias de su cargo.
- d) Ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, funciones vinculadas a trabajos de las entidades incluidas dentro del ámbito de competencia del OSIPTEL, o que este pudiera haber contratado con terceros. Esta prohibición subsiste hasta un año después de su renuncia, cese, resolución contractual, destitución o despido.

Por su parte, la Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual dispone, en su artículo 2, que como impedimentos de los titulares y directores de Órganos Colegiados que cumplen función pública o un cargo del Estado. Es decir, el titular y miembros del Consejo Directivo del regulador, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, prestar servicios en éstas bajo cualquier modalidad; aceptar representaciones remuneradas; formar parte del Directorio; adquirir directa o indirectamente acciones o participaciones de éstas, de sus subsidiarias o las que pudiera tener vinculación económica y celebrar contratos civiles o mercantiles con éstas; intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente. Los indicados impedimentos se extienden hasta por un año (1) posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados, sea por renuncia, remoción o vencimiento del plazo de designación.

Finalmente, la Ley del Servicio Civil en su artículo 39, dispone entre las obligaciones de los

servidores civiles, aplicables al titular y miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, no participar ni intervenir por sí o por terceras personas, directa o indirectamente, en los contratos con su entidad o cualquier otra entidad del Estado en los que tenga interés el propio servidor civil, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Asimismo tampoco podrán participar ni intervenir por sí o por terceras personas, directa o indirectamente, en la gestión de intereses en un procedimiento administrativo de su entidad. Cabe resaltar que esta disposición se refiere a la actividad de gestión de intereses mediante la cual personas naturales o jurídicas promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas, regulada la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública.

Por lo expuesto, podemos concluir que el marco legal vigente establece una serie de prohibiciones para la designación del titular del regulador y de los integrantes de su Consejo Directivo, así como incompatibilidades expresas durante el ejercicio del cargo, aplicables además con posterioridad al cese en el mismo. Estas limitan el ejercicio de funciones públicas en entidades distintas al regulador que podrían guardar relación con el ámbito de su competencia o que tienen alguna potestad de control sobre el mismo, así como en entidades privadas circunscritas al ámbito de su competencia. Los impedimentos se extienden a la gestión de intereses en la entidades públicas en al que laboren o hayan laborado. Todas ellas con el objeto de salvaguardar la independencia y autonomía del regulador con respecto a entidades públicas que tienen alguna injerencia en su gestión o entidades privadas que podrían tener algún incentivo para influir en las decisiones del regulador. Por lo cual, el puntaje asignado a este factor ha sido el máximo contemplado por el IG (es decir 1).

B) Estatus de los miembros del Consejo Directivo de la agencia reguladora:

En lo concerniente al estatus de los miembros del Consejo Directivo, se aplican los mismos criterios y puntajes reseñados para evaluar al Presidente del Consejo Directo del OSIPTEL.

Asimismo, el marco legal peruano aplicable es similar, produciéndose una variación únicamente respecto al siguiente indicador:

- Posibilidad de tener otras posiciones en el Estado

Los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL, de conformidad con la Ley del Servicio civil en

su artículo 52, son considerados funcionarios públicos de designación o remoción regulada. En tal sentido, el Reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, en su artículo 158 establece que los servidores civiles que solamente formen parte de Órganos Colegiados en representación del Estado o que solamente integren Órganos Colegiados pueden percibir dietas hasta en dos de ellos. Asimismo, los servidores civiles que hayan sido elegidos en cargos públicos representativos en los que perciban dietas, pueden percibir hasta una segunda dieta en un órgano colegiado de acuerdo a la clasificación de los funcionarios públicos establecida en el artículo 52 de la Ley. En ninguno de los casos, se entenderá que los servidores civiles podrán mantener un vínculo con dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública de manera simultánea.

En consecuencia, los miembros del Consejo Directivo del Estado pueden tener, adicionalmente, un vínculo laboral con una entidad del Estado adicional, rigiéndose en este caso por el marco legal descrito para la evaluación de este criterio con respecto al Presidente del OSIPTEL.

Por su parte, en caso no tuvieran vínculo laboral con el Estado, podrán integrar y percibir ingresos por su participación en hasta dos órganos colegiados públicos. En caso participen en un tercer Órgano Colegiado, no percibirían dietas por éste último.

Por consiguiente la evaluación incluso de este criterio tendrá la misma ponderación que aquella efectuada para el Presidente del Consejo Directivo.

3.1.2 Segundo Criterio

A) Relación con el Gobierno y el Congreso:

Este índice se mide en base a los siguientes indicadores:

- Independencia formal de la agencia

La Ley Marco, en su artículo 2, establece que los Organismos Reguladores son 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.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, en adelante la "LOPE", dispone en su artículo 28 que los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional y están adscritos a un Ministerio. Su creación y disolución

se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo y su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción, se acuerdan por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En lo concerniente al Reglamentos de Organización y Funciones, este se aprueba por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Por su parte, el artículo 32 de la LOPE establece que los Organismos Reguladores, los cuales pertenecen a la categoría de Organismos Públicos Especializados, 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, los cuales 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. Poseen competencia para definir sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias, así como determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.

En lo concerniente a sus instrumentos de evaluación estratégica, el citado artículo 32 precisa que los Organismos Públicos se sujetan a la supervisión y fiscalización de su Sector para verificar el cumplimiento de los objetivos de la entidad, debiendo contar con su Plan Estratégico Institucional. La LOPE establece, además, en su artículo 18, numeral 3, que el Presidente del Consejo de Ministros supervisa las acciones de las entidades adscritas a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Por lo expuesto se advierte que la determinación del ámbito de competencia del OSIPTEL se aprobó por la Ley Marco, complementada posteriormente por la LOPE. Por consiguiente, su existencia y competencias esenciales sólo pueden modificarse por Ley del Congreso de la República a iniciativa del Poder Ejecutivo. Sin embargo, su estructura orgánica y funciones generales se aprueban por Decreto Supremo con el voto del Consejo de Ministros refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros. En consecuencia, el Poder Ejecutivo puede modificar la estructura orgánica y funciones del OSIPTEL a iniciativa propia, con el único límite que deviene de las disposiciones contenidas en las leyes antes indicadas, así como en las funciones desarrolladas en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, en adelante la Ley de OSIPTEL.

Cabe resaltar además que si bien el OSIPTEL posee competencia para definir sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias, la Presidencia del Consejo de Ministros mantiene la prerrogativa

de supervisar el cumplimiento de sus funciones en la medida que el OSIPTEL se encuentra adscrito a su Sector.

En este caso, el IG establece solo dos puntajes: uno para el caso en el que la autonomía esté formalmente establecida en el marco legal (1), y otro para el caso en que no lo esté (0). Así, para el caso de OSIPTEL, aplica un puntaje de 1.

- Obligaciones formales de la agencia respecto al Gobierno

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley No. 29158, crea en el artículo 46 los Sistemas Administrativos del Estado, los cuales tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso, y son de aplicación nacional. En tal sentido, el OSIPTEL se rige por los sistemas indicados:

- Sistema Nacional de Presupuesto Público: A cargo de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Sistema Nacional de Abastecimiento: A cargo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE.
- Sistema Nacional de Tesorería: a cargo de la Dirección General del Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Sistema Nacional de Contabilidad: a cargo de la Dirección General de Contabilidad Pública.
- Sistema Nacional de Inversión Pública: a cargo de la Dirección General de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Sistema Nacional de Control: a cargo de la Contraloría Pública de la Nación.
- Sistema Nacional de Gestión de Recursos Humanos: A cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.
- Sistema Nacional de Endeudamiento Público. A cargo de la Dirección General de Endeudamiento Público del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Sistema Nacional de Inversión Pública. A cargo de la Dirección General de Inversión Pública del Ministerio de Economía y Finanzas.
- Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico: A cargo del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN.
- Sistema de Defensa Judicial del Estado: A cargo de la Procuraduría Pública del Estado.
- Sistema de Modernización de la gestión pública: A cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Los entes rectores de cada sistema son responsables de reglamentar y operar los mismos; programar, dirigir, coordinar, supervisar y evaluar la gestión del proceso; expedir las normas reglamentarias que regulan el Sistema; mantener actualizada y sistematizada la normatividad del Sistema; y, supervisar y dar seguimiento a la aplicación de la normatividad de los procesos técnicos de los Sistemas.

Los referidos Sistemas Administrativos son aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, sin afectar la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas, según dispone expresamente la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la citada ley no ha exceptuado a los Organismos Reguladores, los cuales se encuentran sujetos a los mismos de igual manera que las demás entidades del Estado. Por lo cual, en realidad, no disponen de autonomía en lo concerniente a la gestión y control de sus recursos, a diferencia de los Organismos Constitucionales Autónomos.

Gilardi²⁵ establece cuatro puntajes en este caso: 1 en el caso en que el caso en que la agencia no tenga ninguna obligación de rendición de cuentas, 0.67 cuando sólo tenga como obligación presentar un reporte anual, 0.33 cuando dicho informe anual deba ser aprobado y 0 cuando la agencia deba rendir cuentas totalmente. Si bien en este caso OSIPTEL no está sujeta a ninguna injerencia ni aprobación en la determinación de sus posiciones técnicas, como se ha podido apreciar su organización administrativa, sus recursos, sus políticas de contrataciones, entre otras están sujetas a mecanismos de control y aprobación por parte de otros órganos del Poder Ejecutivo. Ello contrasta con el caso de otros Organismos Constitucionalmente Autónomos como la Superintendencia de Banca y Seguros o el Banco Central de Reserva, cuyo grado de autonomía en estos aspectos es mayor. En virtud de lo anterior, se ha considerado que el puntaje aplicable en este caso al OSIPTEL es de 0.25.

- Obligaciones formales de la agencia respecto al Congreso

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, en el artículo 96 concordado con el artículo 87 del Reglamento del Congreso de la República, cualquier representante al Congreso puede pedirle los informes que estime necesarios. El pedido se hace por escrito y la falta de respuesta ocasiona responsabilidad de la entidad.

25 COFEMER. Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Presentación, 2011. Consulta: 27 de junio de 15 en: <<http://www.cofemer.gob.mx/variados/adjuntos/13.10.2011/DIAGN%C3%93STICO%20REGULADORES%20ECON%C3%93MICOS.PDF>>.

El pedido se hace por escrito y fundamentado. Si dentro de los quince (15) días posteriores el Titular de la entidad no responde, la Mesa Directiva del Congreso procederá a la reiteración del pedido. Transcurridos siete (7) días después de la reiteración, el funcionario requerido está obligado a responder personalmente, según corresponda, ante el Pleno o ante la comisión ordinaria del Congreso vinculada con el asunto motivo del pedido.

Asimismo los funcionarios del OSIPTEL, al igual que cualquier entidad pública, deben acudir al Congreso cuando éste los cite.

Las puntuaciones otorgadas por el IG en este ítem son similares a las de la sección b). Si bien el OSIPTEL no está obligado a presentar un reporte anual, se encuentra obligado a informar a los congresistas cuando estos lo requieran así como acudir a sus citaciones. En tal sentido, consideramos que en este caso, también resulta aplicable el puntaje de 0.25.

- Reversión de las decisiones sobre las cuales la agencia tiene competencia exclusiva, por parte de organizaciones distintas al poder judicial

En este aspecto no existe norma legal alguna que permita la revisión de oficio de carácter administrativo, ni a pedido de parte, mediante tramitación de recurso impugnatorio en la esfera administrativa de las decisiones y/o actos administrativos o reglamentos del OSIPTEL, por ninguna entidad del Estado. Únicamente es posible la revisión de sus decisiones en el fuero jurisdiccional por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, de acuerdo a ley.

Gilardi²⁶ asigna un puntaje de 1 cuando las decisiones del Organismo Regulador solo pueden ser revocadas por Órganos Jurisdiccionales. En tal sentido, en este caso, aplica dicho puntaje.

3.1.3 Tercer Criterio:

A) Organización y autonomía presupuestaria

Este índice se mide en base a los siguientes indicadores:

- Fuentes de ingreso de la agencia

La Ley Marco establece, en el artículo 10, que los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte

por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

Por su parte, el Reglamento General del OSIPTEL, en su artículo 97 establece que constituyen recursos propios de la entidad: el aporte por regulación que deberán pagar las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones; las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras; las Transferencias de entidades del Sector Público; las tasas, derechos e ingresos que le correspondan por ley; y, otros ingresos que perciban.

Los citados ingresos constituyen recursos propios del OSIPTEL, con lo cual sus ingresos no dependen de los recursos ordinarios que le asigne el Tesoro Público sino que constituyen recursos directamente recaudados por la entidad.

El IG asigna un puntaje de 1 cuando el financiamiento de la agencia es "externo", en el sentido, de que no proviene del Tesoro Público. En tal sentido, dicho puntaje es el que corresponde a OSIPTEL.

- Control del presupuesto

El OSIPTEL constituye un Pliego Presupuestario en su condición de Organismo Público, por lo tanto, goza de la autonomía económica y financiera, de conformidad con la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, aprobada por Ley N° 28112.

El proyecto de presupuesto del OSIPTEL es presentado al Ministerio de Economía y Finanzas para su revisión por la Dirección General de Presupuesto Público e incorporación en el Proyecto de Ley General de Presupuesto del año fiscal correspondiente y aprobado por el Congreso de la República.

La Ley N° 20112 regula la administración financiera del Sector Público, disponiendo las normas básicas para una gestión integral y eficiente de los procesos vinculados con la captación y utilización de los fondos públicos, así como el registro obligatorio

26 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", Journal of European Public Policy, 9:6, December, 2002.

y presentación de la información correspondiente a través del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP) que administra el Ministerio de Economía y Finanzas.

La Administración Financiera del Sector Público comprende el conjunto de normas, principios y procedimientos utilizados por los sistemas que lo conforman y, a través de ellos, por las entidades y organismos participantes en el proceso de planeamiento, captación, asignación, utilización.

Los sistemas integrantes de la Administración Financiera del Sector Público y sus respectivos órganos rectores, son los siguientes:

- a. Sistema Nacional de Presupuesto: Dirección Nacional del Presupuesto Público;
- b. Sistema Nacional de Tesorería: Dirección Nacional del Tesoro Público;
- c. Sistema Nacional de Endeudamiento: Dirección Nacional del Endeudamiento Público, y
- d. Sistema Nacional de Contabilidad: Dirección Nacional de Contabilidad Pública.

Como hemos dicho antes, los entes rectores de cada sistema son responsables de reglamentar y operar los mismos; programar, dirigir, coordinar, supervisar y evaluar la gestión del proceso; expedir las normas reglamentarias que regulan el Sistema; mantener actualizada y sistematizada la normatividad del Sistema y supervisar y dar seguimiento a la aplicación de la normatividad de los procesos técnicos de los Sistemas.

Reiteramos, igualmente, que los referidos Sistemas Administrativos son aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, sin afectar la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas, según dispone expresamente la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - LOPE. Sin embargo, la citada ley no ha exceptuado a los Organismos Reguladores, los cuales se encuentran sujetos a los mismos de igual manera que las demás entidades del Estado. Por lo cual, en realidad, no disponen de autonomía en lo concerniente a la gestión y control de sus recursos, a diferencia de los Organismos Constitucionales Autónomos.

Gilardi²⁷ asigna un puntaje de 1 cuando el presupuesto es aprobado exclusivamente por la agencia, 0.5 cuando la aprobación es compartida entre la agencia y el gobierno y 0 cuando es definida por el gobierno. En la medida, que el presupuesto del OSIPTEL es propuesto por la

agencia, canalizado por el Ministerio de Economía y Finanzas y aprobado por el Congreso de la República; consideramos que correspondería un puntaje de, entre 0 y 0.5 (0.25), toda vez que el regulador participa en el proceso de definición del presupuesto, a pesar de que formalmente no es quien lo aprueba.

- Decisión sobre estructura interna de la agencia

La Ley Marco, en su artículo 2, establece que los Organismos Reguladores son 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.

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, en adelante la LOPE, dispone en su artículo 28 que su creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo y su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción, se acuerda por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En lo concerniente al Reglamentos de Organización y Funciones, este se aprueba por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Entiéndase que, dado que los Organismos Reguladores se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, su estructura orgánica y reglamento de organización y funciones se aprobará por Decreto Supremo de dicho Sector.

En cumplimiento de las citadas disposiciones, mediante Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, con el voto del Consejo de Ministros y el refrendo de su Presidente, el cual conjuntamente con el Reglamento General del OSIPTEL desarrolla el ejercicio de sus funciones.

El IG asigna un puntaje de 1 cuando la estructura interna es exclusivamente determinada por el regulador, y de 0.5 cuando es determinada de manera conjunta entre el regulador y el gobierno. Toda vez que el ROF es propuesto por el regulador y aprobado por la Presidencia del Consejo de Ministros, consideramos que el puntaje aplicable en este caso es de 0.5.

- Decisión sobre la política de personal de la agencia

La Ley Marco dispone en los artículos 11 y 12 que el personal de los Organismos Reguladores se rige por el régimen laboral de la actividad privada, aprobado por el Texto Único Ordenado del

27 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", Journal of European Public Policy, 9:6, December, 2002.

Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. Asimismo su política remunerativa se aprobará mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

Mediante Decreto Supremo N° 172-2013-EF, con el refrendo del Ministerio de Economía y Finanzas se aprobó la Escala Remunerativa del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL).

En lo concerniente al personal sujeto al régimen de Contratación Administrativa de Servicios del OSIPTTEL, este se rige por el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

Cabe resaltar que la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057 estableció un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, literal a) de la citada ley, la misma regirá el régimen laboral de los organismos públicos, entre los cuales se encuentra el OSIPTTEL.

Para tales efectos, la Ley del Servicio Civil en sus Primera, Segunda y Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, dispone su implementación progresiva por cada entidad, a partir de la resolución de inicio de proceso de implementación que aprobará la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en adelante "SERVIR", hasta su culminación mediante resolución de la misma entidad.

Por consiguiente, de acuerdo al citado marco legal, a partir del inicio del proceso de implementación del indicado régimen laboral, los servidores del OSIPTTEL sujetos al régimen laboral de la actividad privada y al régimen de Contratación Administrativa de Servicios podrán trasladarse voluntariamente al régimen laboral del Servicio Civil.

De conformidad con la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley del Servicio Civil, el Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE) constituye un instrumento de gestión que reemplazará al Cuadro de Asignación de Personal (CAP) y al Presupuesto Analítico de Personal (PAP), de cada entidad, debiendo ser aprobado por resolución del Consejo Directivo de Servir con opinión favorable de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas.

De otro lado, el Decreto Supremo N° 033-2001-EF, aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas, establece que los miembros del Consejo

Directivo del OSIPTTEL reciben como máximo dos dietas al mes por su asistencia a las sesiones del regulador y determina el monto de las mismas.

Por consiguiente, se advierte que no obstante que la Ley Marco concede autonomía económica y administrativa al OSIPTTEL, tanto la Ley del Servicio Civil como las leyes presupuestarias, poseen una serie de limitaciones que ajustan la autonomía del regulador. De manera tal que es posible concluir que, en realidad, tanto la política de personal como su régimen de remuneraciones es determinado por el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, la Autoridad Nacional del Servicio SERVIR y el Ministerio de Economía y Finanzas, con lo cual el regulador no goza de autonomía absoluta con relación al Gobierno en estos aspectos.

Específicamente, en relación a las políticas de personal, el IG establece un puntaje máximo de 1 cuando quien determine a política de personal sea exclusivamente la agencia, de 0.5 cuando esta sea establecida de manera compartida entre el gobierno y la agencia y 0 cuando sea exclusivamente definida por el gobierno. Toda vez que la mayoría de documentos de gestión del regulador son propuestos por este pero aprobados por instancia distintas (MEF, PCM, entre otras) consideramos que en este caso el puntaje aplicable sería de 0.5.

3.1.4. Cuarto criterio

A) Competencias regulatorias

- Competencias regulatorias en el sector:

El Reglamento General del OSIPTTEL establece en el artículo 18 que el OSIPTTEL tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Por su parte, el artículo 19 de la misma norma legal dispone como sus objetivos específicos los siguientes:

- a. Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
- b. Garantizar el acceso universal a los servicios públicos de telecomunicaciones.

- c. Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- d. Velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión.
- e. Cautelar en forma imparcial los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios en el mercado de telecomunicaciones.
- f. Establecer políticas adecuadas de protección para los usuarios, y velar por el acceso a los servicios con tarifas razonables.
- g. Facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de los servicios de telecomunicaciones.
- h. Los demás que establezcan las leyes y reglamentos pertinentes.

La Ley Marco en el artículo 3 establece como funciones de los organismos reguladores los siguientes:

- a. 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 actividades supervisadas.
- b. Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- c. Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito de su competencia, 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.
- d. 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.

Porsu parte, la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Ley N° 27336, en los artículos 24 y 25 dispone que el OSIPTEL se encuentra facultado de tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley. Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita, estableciendo los límites mínimos y máximos de las mismas. Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En caso de infracciones leves puede sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo a las particularidades del caso.

- e. 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 entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
- f. Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Gilardi²⁸ establece un puntaje de 1 cuando las competencias regulatorias son ejercidas solamente por la agencia, 0.75 cuando son compartidas por la agencia y otra autoridad independiente, 0.5 cuando son compartidas con el parlamento, 0.25 cuando son compartidas por la agencia y el gobierno, y 0 cuando la agencia tiene solo un carácter consultivo. En el caso del Perú consideramos que el puntaje aplicable es de 1, entendiendo regulación como el ejercicio de las facultades establecidas en sus leyes respectivas arriba señaladas.

4. Comentarios finales

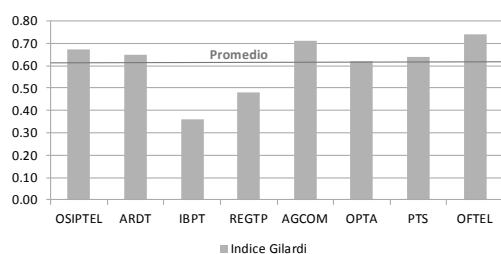
La metodología de estimación del IG para cuantificar el grado de autonomía formal de los Organismos

28 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002.

Reguladores se ha difundido de manera importante durante los últimos años, convirtiéndose en un interesante marco de referencia para efectos de comparación entre los países. Lamentablemente, la evidencia disponible en el caso del sector telecomunicaciones actualmente proviene casi exclusivamente de países europeos. El Gráfico 1, muestra un comparativo entre el cálculo obtenido en la Tabla 1 para OSIPTEL y otros organismos pares a nivel internacional. La data internacional proviene de estimados de Gilardi²⁹, los cuales pueden haber sufrido cambios durante los últimos años. Por ello, estos resultados deben tomarse como referenciales. En dicho estudio los reguladores evaluados fueron Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (IBPT, Bélgica), Autorité de Regulation des Télécommunications (ARDT, Francia), Regulierungs Beh[or]de Für Telekommunikations und Post (REGTP, Alemania), Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM, Italia), Independent Post and Telecommunications Authority (OPTA, Holanda), National Post and Telecom Agency (PTS, Suecia) y Office of Telecommunications (OFTEL, Reino Unido).

La Tabla 1 permite apreciar que los niveles de IG calculados para OSIPTEL (0.63) se encuentran en un nivel ligeramente superior a la media de la muestra (la cual asciende a 0.60), lo que sugiere que a nivel formal, el marco regulatorio de telecomunicaciones confiere al regulador peruano niveles razonables de autonomía en comparación con los estándares internacionales.

Tabla 1. Índice Gilardi



Fuente: Gilardi³⁰, Presente artículo

Otros intentos más recientes de aplicar la metodología de Gilardi a una muestra de países de América Latina, como es el caso de Sifontes³¹, muestran un promedio de 0.65, nivel también inferior al promedio calculado para OSIPTEL en el presente artículo³². La antigüedad de la información del *paper* de Gilardi³³, así como de los estimados para América Latina, hace de suma importancia el contar con una estimación actualizada de los indicadores de autonomía en América Latina, en especial, teniendo en cuenta los procesos de reforma institucional recientes registrados en México, Argentina y Colombia, entre otros.

Si bien la autonomía formal resulta importante para un desempeño técnico y sin interferencia política de los organismos reguladores, esta no constituye una condición suficiente para lograr una autonomía *de facto* por parte de estas organizaciones, tanto del poder político como de la influencia de la industria. Tal como lo expresan Gillardi y Maggetti³⁴, el análisis de la autonomía debe ir más allá del análisis formal de las normas y pasar a un análisis más profundo de las prácticas y de cómo las organizaciones interactúan con sus distintos *stakeholders*. En particular, el concepto de autonomía *de facto* desarrollado por Maggetti, busca estudiar el análisis de las causas que pueden afectar el grado de discrecionalidad con que actúa el organismo regulador (dentro de un mismo entorno normativo "formal") y, por otro, pone de relieve la necesidad de tener en cuenta la autonomía de la agencia no sólo respecto de las autoridades sino de la industria. Ambos autores resaltan el hecho de que la autonomía formal y *de facto*, pueden estar relacionadas en algunos casos y otros no. En especial, observan que en varios países, la creación de agencias regulatorias autónomas con amplias capacidades y potestades podrían estar correlacionadas con la existencia de incumbentes importantes en la industria, con una "demanda de regulación" más intensa y, por tanto, con "riesgos de captura" más significativos³⁵. En esos casos, la autonomía formal podría ser un reflejo de presiones ejercidas "desde la demanda por regulación" más que por una auténtica

29 Ídem.

30 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002, pp. 873-893.

31 SIFONTES, D. "Independent Regulatory Agencies in Latin America Telecommunication Sector: A Comparative Study", Paper prepared for the 3rd ECPR Conference, Section(3) Regulation in the age of governance, Panel (3.5) Regulatory agencies: institutional and actors centred approaches, Budapest, 8-10 September, 2005.

32 Este artículo también incluye a OSIPTEL junto con agencias de otros países, asignándole un valor de IG de 0.53. El sustento de los cálculos en dicho estudio no aparece detallado, razón por la cual el presente estudio no se ha extendido en el análisis de dichos resultados.

33 GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002.

34 GILARDI, F. y M. MAGGETTI. "The Independence of regulatory authorities", en *Levi-Faur, David Eds, Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

35 STIGLER, J. "The theory of economic regulation". *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring), 1971.

autonomía *de facto*. En tal sentido, ambos autores coinciden en que el análisis de autonomía formal requiere ser complementado con un análisis cualitativo de la autonomía *de facto*.

En América Latina, aún se ha avanzado poco en el estudio de la autonomía de los organismos reguladores. El desarrollo de una agenda de investigación sobre el tema constituye una imperiosa necesidad, a fin de contar con mayores luces respecto de las fortalezas y debilidades de la regulación en la región e ir delineando una agenda para su fortalecimiento.

5. Referencias

BAKOVIC, T., B. TENEMBAUM y WOOLFF. Regulation by Contract, A New Way to Privatize Electricity Distribution?. World Bank Working Paper 14: Washington D.C, 2006.

BERG, S. y R. CUNHA MARQUES. Revisiting the Strengths and Limitations of Regulatory Contracts in Infrastructure Industries". Munich Personal RePEc Archive, June, 2010.

CHRISTENSEN T. y P. LAEGREID. "Regulatory Agencies: The Challenges of Balancing agency Autonomy and Political Control", Working Paper 18, Stein Rokkan Centre for Social Studies U NIFOB AS, December 2004.

COFEMER. Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Presentación, 2011. Consulta: 27 de junio de 15 en: <<http://www.cofemer.gob.mx/variados/adjuntos/13.10.2011/DIAGN%C3%93STICO%20REGULADORES%20ECON%C3%93MICOS.PDF>>.

GILARDI, Fabrizio (2005) "The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors". En Swiss Political Science Review 11(4).

GILARDI, F. y M. MAGGETTI. "The Independence of regulatory authorities", en *Levi-Faur, David Eds, Handbook of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

GILARDI, F. "Policy credibility delegation to independent regulatory agencies: comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy*, 9:6, December, 2002, pp. 873-893.

KYDLAND, F. y E. PRESCOTT. "Rules rather than discretion: the inconsistency of Optimal Plans", *Journal of Political Economy* 85(3), 1977, pp. 473-491.

LEVY, B. y P. SPILLER. "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A comparative Analysis of Telecommunications Regulation", *Journal of Law, Economics and Organization*, 10(2), 1994, pp. 201-246.

LAKING, R. "Agencies: their benefits and risks", *OECD Journal on Budgeting*, Volume 4, 2005, No. 4.

OSIPEL. "El Boom de las Telecomunicaciones" Primera Edición, Agosto. Lima, 2005.

SIFONTES, D. "Independent Regulatory Agencies in Latin America Telecommunication Sector: A Comparative Study", Paper prepared for the 3rd ECPR Conference, Section(3) Regulation in the age of governance, Panel (3.5) Regulatory agencies: institutional and actors centred approaches, Budapest, 8-10 September, 2005.

STERN. "Regulation and contracts for utility services: substitutes or complements? Lessons from UK railway and electricity history", *Policy Reform*, Vol. 6 (4), December, 2003, pp. 193-215.

STIGLER, J. "The theory of economic regulation". *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring), 1971. 