



C. 259 GG/2012 (PCM)
C. 092 PD/2012 (CONGR)
C. 093 PD/2013 (CONGR)

CARGO

2012.2012

11 Abr. 12

A	: GERENCIA GENERAL
ASUNTO	: Comentarios al Proyecto de Modificación de la Ley N° 27332
FECHA	: 3 de abril de 2012

	Cargo	Nombre	Firma
ELABORADO POR	Gerente de la Gerencia de Asesoría Legal	Alberto Arequipaño Támara	
	Gerente de Planeamiento y Presupuesto	David Villavicencio Fernández	
	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Jorge Nakasato Otsubo	
	Gerente de la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario	Humberto Sheput Stucchi	
	Gerente de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión	Santiago Rojas Tuya	

I. OBJETO

El presente Informe tiene por objeto expresar nuestros comentarios al Proyecto de Ley N° 878/2011-CR (en adelante Proyecto de Ley), sobre fortalecimiento de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos, para que, de considerarlo pertinente, sea remitido a la Presidencia del Consejo de Ministros, de acuerdo a lo señalado en el Oficio N° 12-2007/PCM-DM-OCP¹ del 5 de marzo de 2007; en respuesta a los Oficios N° 747-2011/2012-CEBFIF-CR del 14 de marzo de 2012 y N° 0734.04.06 del 16 de marzo de 2012.

II. ANTECEDENTES

1. El 29 de julio de 2009 se publicó, en el diario oficial El Peruano, la Ley N° 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos–, la cual ha sido modificada mediante Leyes N° 27631 y 28337, publicadas el 16 de enero de 2002 y 16 de agosto de 2004.

¹ Mediante el cual se dispone que las respuestas a los pedidos de opinión, de información u otros asuntos formulados por las comisiones del Congreso de la República sobre los proyectos de ley no presentados por el Poder Ejecutivo y por los señores congresistas deben ser canalizadas a través de la Oficina de Coordinación Parlamentaria del Sector la Presidencia del Consejo de Ministros.

2. Mediante Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 27332, modificado mediante Decreto Supremo N° 003-2007-PCM y 038-2009-PCM, publicados el 14 de enero de 2007 y 11 de julio de 2009.

III. ANALISIS

III.1 Designación del Consejo Directivo

Existe numerosa evidencia que menciona que, para evitar la captura del regulador, la elección de los miembros del Consejo Directivo debe encontrarse lo más aislada posible del ciclo político. En este sentido, estamos de acuerdo con la renovación de cada miembro del Consejo Directivo en la medida que se produzca de manera escalonada.

No obstante, consideramos que el Proyecto de Ley bajo comentario omite un aspecto importante, al no detallar cuál sería el procedimiento a seguir en el caso de vacancia de algún miembro del Consejo Directivo. En esos casos, un nuevo miembro solo cumplirá el periodo para el que originalmente fue elegida la persona a quien reemplaza mas, al igual que en el caso de los miembros titulares, la elección del remplazante debiera seguir los pasos ya establecidos por las normas vigentes.

De otro lado, con relación a la conformación del Consejo Directivo por un representante de la Sociedad Civil, consideramos que debería precisarse qué institución o Instituciones podrían realizar dicha propuesta, toda vez que si bien resulta importante que la Sociedad Civil se vea representada en los órganos de dirección de los Organismos Reguladores, en el Proyecto de Ley no se estaría otorgando la certeza necesaria respecto a quién corresponde ejercer dicha atribución. Al respecto, consideramos que sería una opción más clara definir a qué instituciones se les considera como parte de la Sociedad Civil, partiendo del supuesto que éstas tienen siempre entre sus fines incluir o participar en asuntos de interés público; eliminándose la posibilidad de postulaciones a título individual.

Se sugiere además precisar en el numeral 6.2 del Proyecto de Ley que la comisión de selección a que se hace referencia, se conformará en cada ocasión que corresponda nombrar un nuevo miembro del Consejo Directivo.

III.2 Requisitos para ser miembro del Consejo Directivo

En el Proyecto de Ley se establece como uno de los requisitos para ser miembro del Consejo Directivo de los reguladores contar con no menos de 3 años de experiencia en cargo de gestión ejecutiva o administrativa o en alta dirección de las entidades públicas o privadas.

Al respecto, somos de la opinión que los requisitos de experiencia en gestión ejecutiva o en alta dirección guardan relación con el tipo de funciones que se ejercen al interior del Consejo Directivo.

Sin embargo, el requisito de experiencia administrativa normalmente no tiene vínculo alguno con la tarea que podría ejercer el miembro de un Consejo Directivo de un regulador. Sobre el particular, es pertinente precisar que las funciones administrativas son generalmente ejercidas por los órganos de apoyo dentro de una organización, por ejemplo en el área de administración y finanzas, recursos humanos, logística, entre otros; siendo funciones que no tienen relación alguna con la toma de decisiones regulatorias que es ejercida por los miembros de un Consejo Directivo de un regulador. Por ello, sugerimos suprimir este requisito.



III.3 Sobre la "función de nombrar y designar al Gerente General"

Se señala en el Proyecto de Ley que la función de nombrar y remover al Gerente General es atribución del Consejo Directivo del Organismo Regulador, a propuesta de su Presidente; precisándose en su exposición de motivos que ello es un tema vinculado a la estabilidad institucional de los organismos reguladores debido a las siguientes consideraciones:

- ✓ El Gerente General es un órgano ejecutivo que debe llevar adelante las decisiones del Consejo Directivo, y no debe depender exclusivamente de su Presidente.
- ✓ El Gerente General ejerce en algunos casos facultades supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras, y sus decisiones son revisadas por el Consejo Directivo, de allí que su nombramiento debe ser efectuado por éste.
- ✓ El nombramiento del Gerente General debe obedecer a una decisión de consenso, porque es la persona que propone los cuadros técnicos.
- ✓ Tanto en el derecho privado como en el derecho público es una regla que el Gerente General sea elegido por el Directorio.

Al respecto, señalamos que al Gerente General se le designa y no se le nombra, porque no es un funcionario sujeto a un régimen especial de carrera pública.

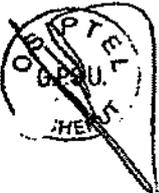
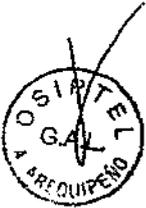
De otro lado, el Gerente General es el órgano ejecutivo responsable de la marcha administrativa de la institución, y debe ejecutar -por mandato legal- las decisiones del Consejo Directivo y de la Presidencia, ello independientemente de su forma de designación. Por el contrario, al ser el cargo de Presidente del Consejo Directivo uno de carácter ejecutivo² y a dedicación exclusiva, correspondería más bien que quien ejerza el cargo de Gerente General sea una persona de su entera confianza; fortaleciéndose de esta manera la gestión institucional del organismo regulador.

En cuanto al hecho que el Gerente General ejerza en algunos casos funciones supervisoras o sancionadoras y que sus decisiones sean revisadas por el Consejo Directivo en segunda instancia, no encontramos relación causal para concluir que esta deba ser una razón para que la designación de dicho funcionario la realice el Consejo Directivo. Por el contrario, la propuesta del Proyecto de Ley abona en favor de la norma vigente, ya que el Consejo Directivo tendrá el más amplio criterio para decidir en los asuntos de su competencia sin sentirse comprometido de forma alguna con la decisión de la Gerencia General (primera instancia), al no ser un órgano cuya designación dependa directamente del Consejo Directivo.

Con relación a la consideración de que la designación del Gerente General debe obedecer a una decisión de consenso porque éste debe proponer los cuadros técnicos, debemos señalar que en la actualidad el Gerente General, por mandato de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, sólo puede proponer la designación de los cargos de confianza y, en su caso, los de libre nombramiento y remoción; ya que en todos los demás casos el acceso al empleo público debe realizarse por concurso público de méritos.

² Al respecto, el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, dispone lo siguiente:

"6.3 El Presidente del Consejo Directivo ejercerá funciones ejecutivas de dirección del Organismo Regulador y es el Titular de la entidad correspondiente"



Finalmente, consideramos que, dada la naturaleza y funciones especiales a cargo del organismo regulador para intervenir en mercados complejos, no existe evidencia que la designación del Gerente General por la Presidencia del Consejo Directivo haya contribuido a debilitar a los mismos; por el contrario la designación de tal funcionario por el Consejo Directivo, puede tornarse compleja si la mayoría de dicho cuerpo colegiado no respalda la propuesta del Presidente del Consejo Directivo.

III.4 Autonomía Presupuestaria

El Proyecto de Ley representa un avance importante al restituirle a los Organismos Reguladores una parte de su autonomía económica y financiera. En este aspecto, resalta la desvinculación al SIAF salvo para comunicar la ejecución del gasto.

Sin embargo, consideramos que debería otorgarse la facultad de incorporar al presupuesto institucional los saldos de balance de ejercicios anteriores con resolución del titular de la entidad sin requerir previamente informe favorable de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, tal como la tienen los Organismos Públicos Descentralizados de los Gobiernos Regionales y Locales, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 42º numeral 42.3 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto N° 28411. Ello se ve reforzado por el hecho que los Titulares de pliego, son responsables por la gestión presupuestaria de la entidad que representan.

Asimismo, consideramos que debería facultarse a los Organismos Reguladores a fin que aprueben sus propias medidas de austeridad y disciplina en el gasto, sin serle aplicables las establecidas en las Leyes Anuales de Presupuesto u otros dispositivos.

Adicionalmente, con el fin de reforzar la autonomía administrativa y funcional técnica que menciona la Ley N° 27332, recomendamos facultar a los Organismos Reguladores para aprobar directamente su Cuadro de Asignación de Personal, así como sus documentos de gestión y organización interna, que resulten necesarios para implementar una línea de carrera, con excepción de su Reglamento de Organización y Funciones.

De otro lado, se recomienda que el pago de las obligaciones de los Organismos Reguladores se efectúe según el procedimiento que dichos organismos establezcan y con cargo a las cuentas bancarias que consideren pertinentes.

Finalmente, se sugiere que el Consejo Directivo de cada Organismo Regulador apruebe su propio reglamento de adquisiciones y contrataciones para los casos de contratación de consultorías y expertos internacionales, así como para contratar los servicios de terceros para las labores de supervisión, las mismas que deberán contar con la opinión previa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

III.5 Fusión de Reguladores

Consideramos que la disposición que restringe la reorganización o fusión de reguladores es un paso importante para fortalecer la institucionalidad y reducir la incertidumbre entre los inversionistas. En un país con débil institucionalidad como es el Perú, la fusión de reguladores haría más susceptible que grupos de interés puedan capturar al regulador, lo cual conllevaría a una pérdida de bienestar en todos los usuarios de servicios públicos. Adicionalmente, la complejidad de contar con un regulador multisectorial podría hacerlo ineficiente, lo cual contribuiría a dilatar los



procesos regulatorios, perjudicando tanto a los consumidores como a las empresas operadoras. Por su parte, cada Organismo Regulador se ha especializado en el mercado que corresponde a su accionar y las características de evolución y comportamiento de estos mercados son diferentes en su estrategia y evolución, por tal razón, cada Organismo Regulador responde en la medida de los retos que se les presentan para el cumplimiento de sus funciones encomendadas.

Es importante, sin embargo, seguir trabajando en la línea de fortalecer a los Organismos Reguladores. Específicamente, en el caso del regulador de telecomunicaciones, una tendencia a nivel mundial es que el regulador adquiera funciones adicionales referidas a su sector, tales como el manejo de espectro o competencias sobre numeración, tal como se ha producido en diversos países de la Unión Europea. Esto sin descuidar el fortalecimiento de las labores de supervisión, para lo que el disponer de autonomía presupuestal y funcional contribuirá en gran medida.

III.6 Política Salarial

La no aplicación del artículo 2º del Decreto de Urgencia N° 038-2006 contribuirá a fortalecer la línea de carrera y así evitar la alta rotación de personal dentro de dichas entidades. Cabe señalar que en los últimos años, el sueldo real de los funcionarios de los Organismos Reguladores ha caído en 24%, en un contexto en el que los sueldos para todo tipo de trabajadores en general y trabajadores especializados en particular tuvieron incrementos importantes.

En este sentido, la escala salarial aprobada en los Decretos Supremos 033-2001-EF y 147-2001-EF se encuentra totalmente desfasada, ya que su espíritu original fue el de mantener niveles salariales similares a los de los sectores que los distintos organismos supervisaban y regulaban. El crecimiento económico de los últimos años ha hecho que esta realidad haya dejado de ser cierta, puesto que los salarios en el sector privado han excedido largamente los topes fijados once años atrás.

Sin embargo, es importante que en adición a esta eliminación de las restricciones, exista un mecanismo de incentivos al cumplimiento de metas. En este sentido, se sugiere que los Organismos Reguladores estén facultados a otorgar un incentivo anual por desempeño de sus trabajadores, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo, el que no podrá exceder al equivalente de dos planillas mensuales de la institución. Asimismo, la asignación individual para cada trabajador no debiera exceder las dos remuneraciones mensuales.



III.7 Temas Adicionales

Si bien el Proyecto de Ley contiene un número importante de aspectos que contribuirán al reforzamiento de la labor de los Organismos Reguladores, aun quedan pendientes diversos aspectos a considerar, particularmente en el ámbito de la supervisión.

Dentro de este campo, resaltan fundamentalmente dos aspectos. En primer lugar, a diferencia de otros organismos reguladores, el OSIPTEL no puede tercerizar sus labores de supervisión, por lo que se requiere homogenizar esta facultad. En segundo lugar, las sanciones aplicadas por el OSIPTEL no son lo suficientemente disuasivas, ya que los topes se encuentran fijados por Ley; en cambio, otros organismos reguladores e incluso el INDECOPI pueden fijar multas realmente disuasivas ya que no se encuentran limitados por dichos topes.

Por ello, se requiere que se modifique la escala de multas establecida en la Ley N° 27336 –Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL– cuya iniciativa



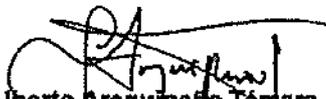
legislativa ha sido puesta en conocimiento de la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante cartas N° C.600-GG-GL/2008, C.050-GG-GL/2009, C.594-GG-GL/2009 y C.659-GG-GL/2009.

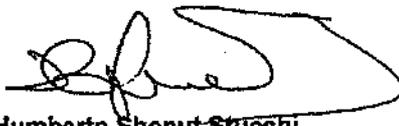
Por otro lado, sugerimos la modificación de la Ley N° 28900, "Ley que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FITEL, la calidad de persona jurídica de derecho público, adscrita al sector Transportes y Comunicaciones", a fin de que dicha entidad asigne un porcentaje no menor del 5% del monto de cada proyecto subsidiado por FITEL, para la supervisión de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en zonas rurales (tanto del periodo de financiamiento, como para la continuidad del servicio cuando el periodo de financiamiento haya finalizado). Sobre el particular, es preciso referir que la supervisión de zonas rurales es mucho más costosa que la supervisión en zonas urbanas, debido a dificultades de acceso, sean geográficas, climatológicas, entre otras.

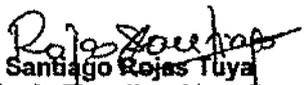
IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a la evaluación realizada, mediante el presente documento recomendamos que se emita opinión favorable a la aprobación del Proyecto de Ley N° 878/2011-CR, sobre fortalecimiento de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos, aunque con la atinencia de incluir las disposiciones adicionales mencionadas en cada acápite, las mismas que contribuirán al logro del objetivo del Proyecto.

En tal sentido, de considerarlo pertinente, se recomienda poner en conocimiento de la Presidencia del Consejo de Ministros el presente Informe, para cuyo efecto adjuntamos el proyecto de comunicación a ser remitido a dicha Institución, así como para atender los pedidos del Congreso de la República.


Alberto Arequipero Támara
Gerencia de Asesoría Legal


Humberto Sheput Stucchi
Gerencia de Protección y Servicio al
Usuario


Santiago Rojas Tuya
Gerencia de Fiscalización y Supervisión


David Villavicencio Fernández
Gerencia de Planeamiento y Presupuesto


Jorge Nakasato Otsubo
Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia