

INSTITUCIONALIDAD DE ORGANISMOS REGULADORES, FISCALIZADORES Y SUPERVISORES DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

SANTIAGO DÁVILA
HUGO GÓMEZ
FERNANDO MOMIY
EDUARDO QUINTANA
JESÚS TAMAYO
HEBERT TASSANO
JOSÉ TÁVARA

Colección **CENTRUM** Futuro

Institucionalidad de Organismos Reguladores, Fiscalizadores y Supervisores de la Actividad Empresarial

Una publicación de CENTRUM Católica Graduate Business School - Pontificia Universidad Católica del Perú.

Autores:

Santiago Dávila
Hugo Gómez
Fernando Momiy
Eduardo Quintana
Jesús Tamayo
Hebert Tassano
José Távora

CENTRUM Publishing

Carolina Pretell
Gerente Editorial

Aída del Rocío Vega
Editora Ejecutiva

Esta publicación es parte de la iniciativa implementada por CENTRUM Católica a través de la Dirección de CENTRUM Futuro.

Director:

Luis Del Carpio

Editor de Contenido:

Santiago Dávila

Asistente de Contenido:

Kristell Castillo

Institucionalidad de Organismos Reguladores, Fiscalizadores y Supervisores de la Actividad Empresarial

Primera edición digital, mayo 2016

© CENTRUM Católica-Centro de Negocios de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Jr. Daniel Alomía Robles 125-129, Los Álamos de Monterrico

Santiago de Surco, Lima 33, Perú

Teléfono: 0051-1-6267100 anexo 7124

Correo electrónico: centrumpublishing@pucp.edu.pe

Dirección URL: www.centrum.pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Publicación electrónica disponible en <http://centrum.pucp.edu.pe/>

© Derechos reservados

Formato Ebook

ISBN N° 978-612-4139-39-0

Diseño:

Ciento Uno Estudio Gráfico E.I.R.L.

R.U.C. 20537404648

Calle Manuel Candamo 350, of. 401, Lince

Entonces son temas que hay que mejorarlos para generar los incentivos para que mejores profesionales se presenten a los consejos directivos, así como el tema de las capacitaciones y por qué no pensar también, para los presidentes de estos organismos, en alguna alternativa como lo tiene el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico (COES), que establece que luego de un año que el presidente de dicha institución ha terminado su mandato, tenga un reconocimiento remunerativo por incompatibilidad.

La mayoría de personas que están hoy en día en los reguladores como presidentes, su especialidad es en telecomunicaciones, en medioambiente o en energía. Luego de que terminen su mandato no van a poder dedicarse a lo que se han hecho especialistas por un año. Luego tienen una total incompatibilidad. Entonces solamente les queda enseñar, pero eso lamentablemente en el Perú no ayuda para vivir totalmente.



Hugo Gómez Presidente del Consejo Directivo del OEFA

Todos coincidimos en que para que exista una adecuada institucionalidad debe haber transparencia, imparcialidad, neutralidad y rendición de cuentas. Y con respecto al tema de la autonomía del organismo regulador, se debe evitar su captura, que puede ser económica o política. Voy a centrarme en la captura política del regulador.

Lo que siempre se busca, en general, tanto desde adentro como desde afuera del Poder Ejecutivo, es que los organismos reguladores y los otros organismos técnicos especializados muy similares, no estén capturados políticamente. De ahí la exigencia de tecnicismo, apego a la ley, absoluta imparcialidad y neutralidad y, sobre todo, el esfuerzo por querer darle el mayor blindaje posible para que no respondan al contexto político o a alguna presión política.

Años atrás existieron propuestas para buscar ese blindaje, para que Indecopi y los organismos reguladores tengan autonomía constitucional, porque se había pensado que esa autonomía que tiene el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), debía replicarse también en los organismos reguladores e Indecopi.

Incluso recuerdo que con Gonzalo Ruiz propusimos un proyecto de ley para que Indecopi tuviera rango constitucional, en la medida que ahí sí tendría autonomía plena. Esa autonomía plena se puede ver en los organismos constitucionalmente autónomos que no responden al Poder Ejecutivo.

Siempre se ha pensado esto para los organismos reguladores. Inclusive cuando hace algunos años se cambió el estatus de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) y se convirtió en la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), la primera propuesta del proyecto

de ley fue que la SMV tuviera una conformación multisectorial de rango constitucional. Dicho proyecto no prosperó, porque se requería una ley de reforma constitucional.

“Debe haber un tratamiento uniforme para todos los organismos técnicos especializados en la medida que lo que se busca en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es la independencia funcional de estos”.

Lo que tenemos finalmente es que la SMV es un organismo técnico especializado, lo mismo que Indecopi y lo mismo que OEFA. Eso me lleva al tema del Poder Ejecutivo, que es donde se crea esta división entre organismos públicos ejecutores, técnicos especializados y organismos reguladores.

Se advierte claramente que por el diseño normativo de estos organismos, el menos autónomo es el organismo público ejecutor, porque la Ley

Orgánica del Poder Ejecutivo señala que sus presidentes son cargos de confianza y además, de acuerdo al Informe N° 087-2014- SERVIR/GPGSC del 19 de febrero de 2014 de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, todos ellos son funcionarios de libre designación y remoción. En consecuencia, en el caso de todos los organismos ejecutores, el ministro del sector puede cambiarlos a sola firma en el momento que pierden su confianza. Este es el caso del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), del Instituto Peruano de Energía Nuclear (IPEN) y de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión).

Luego tenemos a los organismos técnicos especializados y a los organismos reguladores. Los organismos reguladores son los que tienen el mayor blindaje en el Poder Ejecutivo. Para los organismos técnicos especializados no hay un tratamiento uniforme. En el informe de SERVIR al que hice referencia anteriormente, se reconoce que los presidentes de algunos organismos técnicos especializados son funcionarios de designación regular; por lo tanto, no son de libre designación y remoción, es el caso de los Presidentes de los Consejos Directivos de Indecopi y OEFA.

No es así para los demás organismos técnicos especializados. Por ejemplo, el caso de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). ¿Por qué el OSCE no tiene un régimen similar Indecopi o el OEFA? ¿Qué pasa con la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) que también es un organismo técnico especializado? SUNAFIL es un organismo público disminuido en términos de blindaje institucional si lo comparamos con el Indecopi o el OEFA.

En el caso del Indecopi, por ejemplo, cuando en el año 2008 estuvimos elaborando el anteproyecto de su actual Ley de Organización y Funciones, el Decreto Legislativo N° 1033, queríamos que tuviera algo similar a los organismos reguladores y se quedó en medio camino. De ahí que, por ejemplo, para remover a un miembro del Consejo Directivo del Indecopi se requiere imputar falta grave y siempre tienen la oportunidad de presentar sus descargos. Claro, no van a la Comisión Permanente del Congreso a brindar explicación, como sí ocurre con los organismos reguladores, pero al menos tienen esa situación intermedia.

En el caso del OEFA existe una situación particular; dos de los cinco miembros de su Consejo Directivo son designados de la misma forma ocurre en el Indecopi o la SUNAFIL; es decir, de manera directa (sin concurso) por el Presidente de la República y el ministro del sector correspondiente, mientras que los otros tres son elegidos por concurso público, como ocurre en los organismos reguladores.

Como puede apreciarse, se tiene un tratamiento muy diferenciado, cuando podría ser similar. Considero que es posible pensar en un tratamiento más uniforme entre los organismos reguladores y los organismos técnicos especializados, sobre todo de aquellos que deciden sobre derechos de los ciudadanos, fiscalizan e imponen sanciones. Aquí es donde se reclama esa autonomía e independencia, porque evidentemente lo que se espera es que actúen con apego a la ley.

Cuando tuvimos una conversación previa con Santiago Dávila sobre el mencionado informe de SERVIR, que la prueba de fuego de este informe va a ser precisamente el 29 de julio de 2016, cuando los nuevos ministros del Gobierno entrante tengan que decidir si respetan o no lo que dice el informe no solo para los cuatro organismos reguladores, sino respecto de los ocho organismos técnicos especializados que están mencionados en dicho informe, y específicamente para aquellos en los que se indica que el titular ha sido designado por un plazo de cinco años.

“Es posible pensar en un tratamiento más uniforme entre los organismos reguladores y los organismos técnicos especializados, sobre todo de aquellos que deciden sobre derechos de los ciudadanos, fiscalizan e imponen sanciones”.

Si el nuevo gobierno los quiere remover tendría que ser por falta grave, que es lo que corresponde. Solo si alguno ha cometido falta grave puede ser removido. Vamos a ver si eso ocurre el próximo año. Entonces, respecto de la captura política, tenemos este informe de SERVIR, que se hizo a propósito de otro tema, pero que permite hoy definir, desde el punto de vista del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Humanos, ¿qué autoridades son de libre designación y remoción? y ¿cuáles tienen que cumplir el plazo de designación?

Yo creo que debe haber un tratamiento uniforme para todos los organismos técnicos especializados en la medida que lo que se busca en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo es la independencia funcional de estos. Es decir, si yo busco independencia funcional evidentemente tengo que empezar por la autonomía de la designación y el respeto a esa designación realizada.

Quería terminar retomando lo que el profesor José Távora dijo sobre la revisión judicial. Sí es una preocupación cuando el Poder Judicial se inmiscuye en temas de especialidad técnica de los organismos reguladores, que tienen un gran componente discrecional.

Los organismos reguladores tienen competencia para fijar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, utilizando para tal efecto una determinada metodología para la determinación del precio. Si bien es reglado que tienen que fijar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, suele ser discrecional escoger la metodología más apropiada para ello, salvo que dicha metodología esté definida en la legislación o en el contrato de concesión.

Asumamos que está en manos de la potestad discrecional del organismo regulador escoger la metodología más apropiada. En este contexto, ¿qué le toca al Poder Judicial? Lo que le debería hacer el Poder Judicial, al momento de controlar la actividad discrecional de la autoridad administrativa, es corregir la arbitrariedad; es decir, el juez no debería arrogarse la competencia del organismo regulador y decidir cuál es la mejor metodología para fijar el precio, pero sí podría anular lo actuado por la autoridad administrativa si advierte arbitrariedad en la fijación del precio.

El juez puede declarar la nulidad solo cuando ha habido arbitrariedad de parte del regulador, no cuando se trata de la discrecionalidad técnica del organismo regulador para optar entre varias respuestas razonables. El juez tiene que respetar eso, sino se convierte en un organismo regulador.

Parte de la discusión que tenemos hoy es que existan pesos y contrapesos, que haya control jurisdiccional de la función administrativa, pero sin perder de vista que el juez no puede sustituir a la autoridad administrativa.

Para evitar esto, sí debería quedar claro que cuando se trata de la discrecionalidad técnica, especialmente en los temas de tarifas, el juez tiene que respetar esa discrecionalidad del organismo regulador y solo anularla si considera que ha habido arbitrariedad. Esto implica que, si considera eso, debe anular la decisión del regulador y pedir que el regulador se pronuncie nuevamente. El juez no puede fijar la tarifa, es muy importante tener claro esto.

Lo expuesto me lleva a otro tema vinculado a los procesos contencioso administrativos. Siempre ha habido una discusión respecto de si la revisión judicial de ciertos pronunciamientos administrativos debe empezar a nivel de juez especializado (autoridad unipersonal) o de la corte superior (autoridad colegiada), y cuando uno observa el historial de las leyes que regulan el proceso contencioso administrativo, advertirá que la competencia en primera instancia judicial a veces se fija en el juez especializado y otras en la corte superior.

En este momento, las revisiones contencioso administrativas están a nivel de juez especializado y después, vía apelación, pasan a la corte superior, con lo cual la demanda contencioso administrativa puede llegar a cualquier juez especializado y pueden haber pronunciamientos dispares. La idea es trabajar en la especialización de los jueces del contencioso administrativo. Así, jueces especializados en temas tributarios, otros en temas de competencia y propiedad intelectual, otros en regulación económica, otros en temas ambientales, etc.

Para concluir con el tema de las remuneraciones, felicito a Indecopi por salir en el ranking de Great Place to Work. No obstante, existe un problema con las remuneraciones que no se condicen con lo que se perciben en otros organismos, como la SBS o el BCR, que tienen remuneraciones más altas si las comparamos con las de los organismos reguladores y los organismos técnicos especializados. Esta diferencia no tiene justificación.

El congelamiento de remuneraciones en el sector público tampoco tiene razón de ser. Como el sector privado tiene la posibilidad de ofrecer mejores remuneraciones, también tiene la posibilidad de llevarse a los mejores funcionarios de los organismos reguladores y de los organismos técnicos especializados. Así, estos organismos se convierten en escuelas de los futuros empleados del sector privado.



Jesús Tamayo

Presidente del Consejo Directivo de Osinermin

Yo coincido con los temas que se han mencionado aquí respecto a lo que sucede con los reguladores. Lo que podemos ver es que hay muchos elementos que no están aportando a la institucionalidad del regulador. El ente regulador tiene que ser un organismo con características que no sean discutibles por ningún lado, que ninguna de las partes tenga elementos que permitan debilitar al regulador.

Hay una serie de temas que vienen debilitando a los organismos reguladores a lo largo de los años. En el año 2006 se redujeron las remuneraciones para el Presidente pero también para el personal y los funcionarios de alto nivel, lo que contribuyó a que los consejos directivos no se completen oportunamente.

Cuando fui nombrado Presidente del Consejo Directivo de Osinermin, éramos solamente yo y otro Director en el Consejo Directivo. Felizmente el Poder Ejecutivo promulgó un Decreto Supremo que permitió que con dos miembros se pudiera regular tarifas, mientras se hacían los concursos públicos para seleccionar al resto de miembros del Consejo, lo cual no está bien ya que las decisiones regulatorias dejan de ser colegiadas para ser prácticamente de una sola o pocas personas.

En el tema del presupuesto también se introdujeron normas a partir del año 2009 para el registro de operaciones y gastos en el Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) y se prohibieron los incrementos salariales, todo lo cual ha ido mermando de alguna manera la institucionalidad regulatoria.

Y finalmente esta la ley SERVIR, que creo que es una reforma muy interesante y beneficiosa para el desarrollo del empleo público en el país pero, en lugar de nivelar las remuneraciones de los trabajadores de los reguladores con las entidades públicas que mejor pagan en el país, las ha nivelado con remuneraciones de la administración pública.

Entonces, los que estaban en mejor posición, ahora se encuentran frente a menores remuneraciones. En nuestro caso, cuando hemos recibido la propuesta de remuneraciones resulta que estas en casi la totalidad de los casos son inferiores a las que perciben actualmente nuestros colaboradores, por lo que será muy difícil la transferencia a dicho régimen laboral de empleo público.

“Hoy estamos con personal que está de tránsito, que está un tiempo en el organismo regulador y luego se recolocan en alguna contraparte del sector privado. Esto ha venido mermando la institucionalidad regulatoria”.