

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

“Potestad sancionadora de los Organismos Reguladores: Autonomía vs. Principio de Reserva de Ley”

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTORA:

Lucía Alexandra Villavicencio Escudero

ASESOR:

Alejandro Moscol Salinas

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20100815

2019

RESUMEN

El presente trabajo académico tiene como objetivo analizar si, en el ordenamiento jurídico peruano, la habilitación que tienen los Organismos Reguladores para emitir sus propios reglamentos de sanciones e infracciones, en virtud de su autonomía, resulta concordante con el principio de reserva de ley en materia sancionadora.

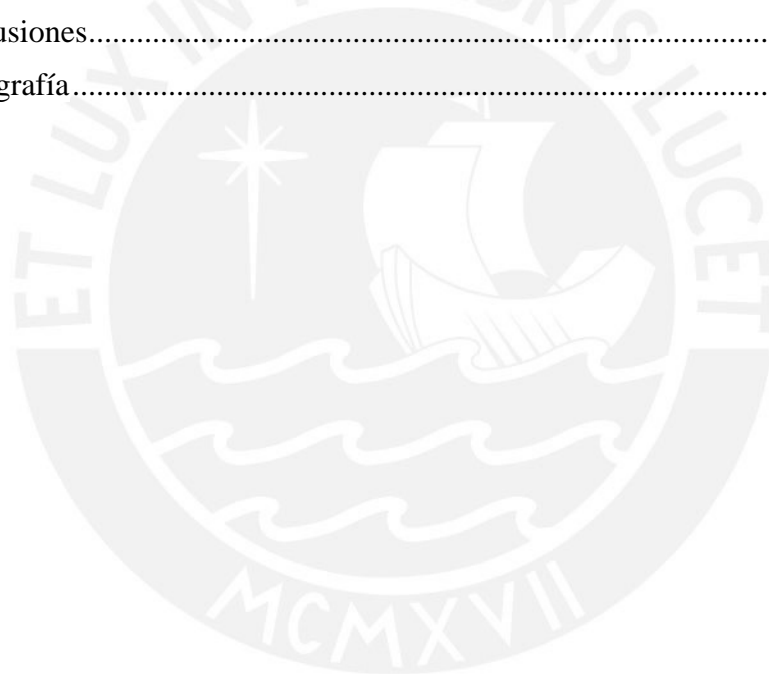
A fin de lograr dicha meta, decidimos, primero, estudiar el contenido del principio de legalidad y con ello el de reserva de ley, en el marco del derecho administrativo sancionador; para luego, dar pase a un breve repaso del concepto de regulación a nivel de doctrina, y así, analizar cómo dicho concepto se ha materializado en nuestro sistema a través de la creación de los referidos Organismos Reguladores y su marco de actuación.

A partir del estudio anterior, y a manera de opinión personal de la autora, se concluye que en el sistema peruano resulta necesario mantener la emisión y elaboración de dichos reglamentos de sanciones e infracciones apartados de un procedimiento legislativo lleno de discusiones políticas que se encontrarían lejanas a lo que verdaderamente necesitan estos cuerpos normativos: altos niveles de tecnicismo, imparcialidad, transparencia y neutralidad, que lamentablemente en nuestro pleno del Congreso no podremos encontrar, a fin de garantizar los derechos y obligaciones de todas las partes involucradas (usuarios, Estado e inversionistas).

Sin embargo, ello no eximirá a los Organismos Reguladores de brindar y respetar todas las garantías constitucionales de los administrados en tanto estamos frente al establecimiento de normas que involucran limitar o recortar derechos. Esto sin dejar de mencionar las deficiencias que aún mantiene nuestro marco normativo respecto de la autonomía de los Reguladores y que ponen en entredicho la misma, siendo que el referido marco legal aún sigue siendo susceptible de mejora.

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia sancionadora.....	6
3. Sobre los Organismos Reguladores y la noción de regulación	9
3.1 La noción de regulación y su materialización en el ordenamiento jurídico peruano	9
3.2 Organismos Reguladores en Perú y su autonomía	13
3.3 Entonces, ¿la autonomía de los Organismos Reguladores justifica una excepción al Principio de Reserva de Ley?	20
4. Conclusiones.....	23
5. Bibliografía.....	24



“Potestad sancionadora de los Organismos Reguladores: Autonomía vs. Principio de Reserva de Ley”

1. Introducción

El artículo 3° de la Ley N° 27332¹, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (en adelante, la “LMOR”) señala que los organismos reguladores tienen las siguientes funciones: normativa, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias y reclamos.

¹ “Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

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 actividad 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 y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

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;

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.

3.2 Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos”.

La referida norma precisa que la función normativa implica la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, 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 los mismos Organismos Reguladores. Esta función también abarca la facultad de aprobar su propia escala de sanciones.

Lo anterior se alinea con el contenido de la función fiscalizadora y supervisora, la misma que, de acuerdo al mismo artículo, comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia (aunque el legislador haya hecho mal en no separar actividades de distinta naturaleza como la fiscalización y la sanción, sin embargo, dicha crítica no es materia del presente artículo académico).

Como se advierte, en virtud de las funciones normativa y sancionadora otorgadas mediante norma con rango legal, los Organismos Reguladores tienen capacidad de:

- (i) dictar reglamentos autónomos y normas respecto de intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios;
- (ii) tipificar infracciones y establecer sanciones por incumplimiento de obligaciones dispuestas por normas legales, normas técnicas y las derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por el Regulador mismo;
- (iii) aprobar su propia escala de sanciones.

A partir del marco legal señalado, los Organismos Reguladores en nuestro país emiten reglamentos de sanciones e infracciones, tipificando ilícitos administrativos, así como incumplimientos técnicos y contractuales. Lo que implica también establecer las sanciones que se aplican en caso de vulnerar estas disposiciones.

Y es justamente el referido instrumento el que nos genera las siguientes preguntas que intentaremos responder a lo largo de este trabajo académico: ¿los referidos reglamentos vulneran el principio de reserva de ley? ¿podría hablarse de una excepción al referido principio en afán de no vulnerar la autonomía e independencia del Organismo Regulador?

A fin de absolver estas cuestiones, el esquema del presente artículo tratará de manera general el contenido del principio de legalidad y con ello la reserva de ley en materia sancionadora. Luego de ello, entraremos a tallar en la definición de la regulación y cómo ésta ha aterrizado en nuestro ordenamiento jurídico, para, con posterioridad, llegar a la creación de los Organismos Reguladores en nuestro país y su marco de actuación.

A partir de estas cuestiones, pasaremos a emitir opinión respecto de si, en el marco de los objetivos que persiguen los Organismos Reguladores y dado el marco legal en el que están envueltos en nuestro sistema, los referidos Organismos podrían tener cierta excepción a los principios de legalidad y reserva de ley en materia sancionadora.

2. Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia sancionadora

El Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el “TUO de la LPAG”) lista los principios aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, siendo que dentro de ellos encontramos el clásico principio de legalidad, el mismo que establece que solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado².

² El inciso 1 del artículo 248° del TUO de la LPAG precisa lo siguiente: “1. *Legalidad.* - *Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad*”.

Al respecto, Morón Urbina precisa que este principio contiene dos aspectos de la potestad sancionadora: (i) atribución de la competencia sancionadora a cualquier entidad pública específica y (ii) la identificación del elenco de sanciones aplicables por incurrir en ilícitos administrativos por esas mismas entidades³.

Respecto de (i), el autor precisa que esto no es más que la “*ratificación del principio de competencia legal que la misma ley prevé estableciendo como regla uniforme que la fuente de la competencia administrativa son solo la Constitución y la ley*”⁴, mientras que de (ii) hace referencia a que “*solo una norma con rango de ley podrá habilitar describiendo suficientemente a la entidad la aplicación de una o más medidas de gravamen a título de sanción personal o patrimonial*”⁵.

De esta manera, para Morón, “*ninguna autoridad administrativa podrá crear por vía reglamentaria y menos aún a título de acto administrativo singular, un tipo de sanción (...)*”⁶.

Ahora bien, Danós encuentra dos prohibiciones en el contenido de este principio, la primera respecto de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal y la segunda prohibición relativa a que los reglamentos establezcan infracciones y sanciones por iniciativa propia y sin amparo de normas con rango legal⁷.

³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019. P.399.

⁴ Ibidem, p. 400.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública*. En: *Ius et Veritas*, p. 153.

En el caso de los Organismos Reguladores, si bien la LMOR actúa como una ley autoritativa pues otorga potestad normativa y sancionadora a dicha entidad, y autoriza a que el Consejo Directivo de la misma, a través de sus propios reglamentos y normas, estipule las reglas del juego (lo que incluye no solo reglas procedimentales, sino también el establecimiento de tipos infractores y sus correspondientes sanciones), esto a primera vista resultaría contrario al contenido del principio de reserva de ley.

Ello en tanto lo único que hace la norma legal, en el caso en cuestión, es otorgar potestad normativa y sancionadora al Regulador, mas no da mayores parámetros de legalidad a fin de que en otro instrumento de menor rango (como una norma reglamentaria), se puedan desarrollar las infracciones y sanciones correspondientes de manera completa y total por parte del organismo pertinente.

Sobre el tema, Rebollo Puig menciona que:

“las leyes sancionadoras pueden autorizar a las normas de rango inferior a la Ley – los reglamentos administrativos – a completarlas, pormenorizarlas y desarrollarlas. No obstante, ninguna ley puede permitir a un reglamento prever infracciones y sanciones ex novo (...) ni ningún reglamento puede contener una regulación sancionadora sin autorización de la ley o ir más lejos de su simple desarrollo. En cualquier caso, tiene que ser siempre una norma con rango de ley la que describa la infracción y la que señale la sanción correspondiente”⁸.

En ese sentido, entendemos que aquello que diga el reglamento será básicamente el desarrollo o especificación de aquellas sanciones o infracciones detalladas en la norma con rango legal, coadyuvando a su mayor precisión, mas no innovando, creando unas nuevas, contraviniéndolas o sobrepasándolas.

⁸ REBOLLO PUIG, Manuel. Lección 7: *Derecho administrativo sancionador, caracteres generales y garantías materiales*. Pág. 9.

Ahora bien, es importante recordar que el derecho administrativo sancionador es de última ratio, que limita la actuación de los administrados y, por tanto, el principio de legalidad actúa, a su vez, como garantía en tanto se pretende dotar de legitimidad, en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la emisión de normas que no solo otorgan potestad sancionadora a determinada entidad, sino que también imponen sanciones.

De esta manera, el enfoque está en el procedimiento legislativo, *“así se convierte en una garantía, pues en la materia sobre la que recae la decisión que se adopta procede de la discusión pública parlamentaria, que le otorga a la decisión un plus de legitimidad”*⁹. De esta manera, *“se basa en la naturaleza de su formación, pues en el Poder Legislativo se encuentra representada la voluntad popular y son escuchadas las minorías”*¹⁰.

Sin embargo, es válido cuestionarse si el referido procedimiento legislativo, en el caso particular de los Organismos Reguladores, vulneraría la autonomía de los mismos o si, por el contrario, debe primar un procedimiento de mayor carácter técnico, como sería el reglamentario, dado en la propia sede del Organismo Regulador, en tanto sus normas son aprobadas por el Consejo Directivo.

3. Sobre los Organismos Reguladores y la noción de regulación

3.1 La noción de regulación y su materialización en el ordenamiento jurídico peruano

Antes de entrar a la realidad de los Organismos Reguladores en el Perú, resulta necesario mencionar brevemente la noción de regulación a fin de comprender la lógica que existe detrás de estos entes reguladores, sus objetivos y fines.

⁹ CORREA, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá, UEC, 2003, p.107 y siguientes.

¹⁰ IVANEGA, Miriam. *Los Principios Constitucionales de la responsabilidad disciplinaria*. Congreso Internacional de Derecho Administrativo: Derecho Administrativo en el Siglo XXI, Volumen II, p.108.

Cassagne precisa que *“la regulación económica constituye una de las funciones del Estado subsidiario que se configura básicamente – en su dimensión normativa - como una típica emanación del denominado poder de policía. Mediante ella se comprime el ámbito de la libertad económica a través del establecimiento de límites a su ejercicio y la imposición de obligaciones y cargas. Ello, con la finalidad de armonizar los derechos de los prestadores de los servicios públicos (y además actividades privadas de interés público que capta el derecho administrativo) con los intereses de la comunidad (entre los que se ubica la protección de los usuarios)”*.

Al respecto, es necesario mencionar que nuestra Constitución establece en sus artículos 58^{o11} y 60^{o12} el principio de subsidiariedad, indicando que el Estado reconoce el pluralismo económico, siendo que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. En esa línea, el Estado solo realiza actividad empresarial de manera subsidiaria.

Este contenido se encuentra en el artículo 60°, por lo que debe ser leído de manera conjunta con el artículo 58° que precisa que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, por lo que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de salud, empleo, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

En esa línea, advertimos que, si bien partimos de la idea de que la actividad empresarial la realiza el privado, y el Estado queda en un segundo plano realizándola subsidiariamente, observamos que es la propia Constitución la que afirma que existen actividades de tal importancia para la vida en sociedad y para los miembros de una comunidad (como los sectores mencionados en

¹¹ “Artículo 58°. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

¹² “Artículo 60°. - El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

el artículo 58° de la Constitución) que el Estado debe intervenir orientando su desarrollo.

Es decir, cobra sentido lo que afirma Cassagne cuando indica que “*la regulación económica constituye una de las funciones del estado subsidiario*”, en tanto es a través de la regulación que el Estado interviene en actividades de corte económico, pero siempre luego de que se haya determinado de que, en efecto, la intervención es necesaria en tanto “*los beneficios de regular son mayores que los costos que produce la no intervención pública*”¹³. Y esto se dará en actividades que tengan el objeto de lograr la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, cuando el mercado no es capaz de lograrlo plenamente, de manera libre y espontánea¹⁴.

Ahora bien, en el marco de la doctrina nacional, Huapaya ha señalado que “*la regulación es una técnica instrumental que sintetiza las nuevas expresiones de la intervención administrativa sobre las actividades de los sujetos privados en la economía, a fin de salvaguardar finalidades de interés público o de política económica y que se instrumenta empleando conceptos, teorías, nociones y potestades propias del derecho administrativo*”¹⁵.

En esa línea, tenemos que la regulación forma parte de la actividad interventora de la Administración Pública en la economía, sin embargo, debemos tener en claro qué significa “regular”.

Al respecto, Muñoz Machado precisa que “*regular no es pues, producir normas (...) sino una actividad continua de seguimiento de una actividad. Tal control exige la utilización de poderes de diverso signo: algunos tienen carácter normativo y se traducen en reglamentaciones; otros, sin embargo,*

¹³ HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación*. En: Revista Ius et Veritas N° 40, pp. 337.

¹⁴ HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. *La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones*. En Juan de la Cuétara & otros (coords.), *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: La Ley, 2011.

¹⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. pp. 343.

consisten en la supervisión del ejercicio de la actividad; otros la ordenación del funcionamiento del mercado; en fin, puede concurrir un poder de resolución de controversias”¹⁶.

Es decir, los referidos poderes que utilizará la regulación serán aquellos dotados por el Derecho Público para justamente alcanzar lo que persigue dicha rama del derecho: proteger el interés público. Es a partir de ello que se funda la idea de utilizar mecanismos como supervisar, normar, vigilar, sancionar y resolver controversias. A esto, Huapaya lo ha denominado como un esquema de “ordenación normativa – control - sanción”¹⁷.

A fin de poder llevar a cabo la regulación en la práctica es que nacen los entes reguladores, al respecto, Cassagne precisa que “la idea anglosajona de regulación traduce como función esencial la de atribuir a una autoridad independiente el poder de dictar normas generales y actos individuales de aplicación cuyos efectos recaen en general sobre empresas, que prestan servicios que satisfacen necesidades primordiales de la población. Salvo para la designación inicial del presidente de cada ente regulador, la autoridad regulatoria actúa con independencia total del Poder Ejecutivo y como árbitro neutral de los intereses contrapuestos de prestadora y clientes”¹⁸.

Ahora bien, en Perú Bullard ha precisado que el concepto viene siendo utilizado de manera restringida en tanto la regulación termina siendo una interferencia del Estado en las actividades económicas calificadas como servicios públicos u otras de infraestructura, dirigida a controlar los

¹⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. En: Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho a la Regulación Económica*. (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. Fundamentos e instituciones de la Regulación. Madrid: Istel, 2009, pp. 111.

¹⁷ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. pp. 311 y 312.

¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Palestra Editores: 2017, Segunda Edición, pp. 202.

monopolios naturales bajo una forma de intervención ex ante o predeterminadora de las reglas jurídicas aplicables a tales actividades¹⁹.

Lo cierto es que los Organismos Reguladores en nuestro país se han creado en medio de inestabilidad política y en un afán de “*garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión, aislados de los vaivenes políticos, más aún en un país con una institucionalidad débil*”²⁰.

Tassano afirma que entonces no se busca tener un Regulador exitoso, sino que el privado regulado “*contribuya con su labor a tener un sector con un buen desempeño. Para ello es necesario incrementar la credibilidad regulatoria, usar los recursos eficientemente, adoptar procesos transparentes, decisiones técnicamente sustentables y predecibles por parte del regulador*”²¹.

3.2 Organismos Reguladores en Perú y su autonomía

En nuestro país, los Organismos Reguladores encuentran su cimiento en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, la “LOPE”), la misma que establece en su artículo 32^{o22} que dichos organismos se crean

¹⁹ BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía. *El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2006.

²⁰ TASSANO VELAUCHAGA, Herbert. *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. En: Revista Círculo de Derecho Administrativo N° 4, 2008, pp. 90.

²¹ Ídem.

²² “Artículo 32.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

1. *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.*

2. *Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.*

para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, estando adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.

La referida norma también precisa que los Organismos Reguladores, en el marco de los ámbitos de su competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras, y de solución de controversias y reclamos, lo cual es reafirmado a través del artículo 3° de la LMOR que ya hemos comentado.

La referida LMOR establece en su artículo 2°²³ que estos organismos se constituyen como Organismos Públicos Descentralizados, con personería de derecho público y autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

Resaltamos el esmero del legislador en brindar autonomía en diferentes modalidades al Organismo Regulador en tanto *“estos organismos deben contar con independencia de actuación respecto de las decisiones que se*

3. *Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.*

4. *Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.*

5. *Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.*

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

7. *Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley”.*

²³ *“Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores*

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente 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”.

*toman en los Gobiernos Nacionales, de forma que se reduzca un comportamiento oportunista*²⁴.

De esta manera, se evidencia la necesidad de contar con organismos lo suficientemente independientes y autónomos del poder político, así, lo que se pretende es alejar a dichos organismos de las idas y venidas que se puedan presentar en el escenario político nacional - siendo conscientes incluso de que el nuestro es bastante particular - en afán de contar con absoluta neutralidad política, en tanto estos organismos se encuentra en medio de los derechos y obligaciones de todas las partes: inversionistas, Estado y usuarios.

Es necesario entonces mencionar, grosso modo, en qué consisten las diferentes variantes de autonomía con las que están atribuidas los Organismos Reguladores.

Pues bien, respecto de la autonomía funcional debemos mencionar que está referida justamente a la creación de un organismo distinto a la Administración Central, de esta manera el referido ente tiene discrecionalidad para desenvolverse en el ordenamiento jurídico sin tener una relación de subordinación o jerarquía respecto de la referida Administración Central.

Sin embargo, es importante mencionar que en tanto los Organismos Reguladores son considerados como Organismos Públicos Descentralizados, no dejan de ser parte de la estructura general del Estado²⁵, y esto se demuestra a través de la adscripción a la que están sujetos, en tanto siguen estando vinculados al Poder Ejecutivo.

Lo cierto es que la Presidencia del Consejo de Ministros resulta ser, al final del día, una instancia transversal en el Poder Ejecutivo, por lo que es una

²⁴ PÉREZ-REYES ESPEJO, Raúl. *La autonomía de los Organismos Reguladores: alcances y límites*. En: Revista Círculo de Derecho Administrativo N° 10, 2011. pp. 135.

²⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo Peruano*. En: Revista Ius et Veritas N° 43, pp. 232.

fórmula más adecuada que aquella de estar adscritos al Sector que realiza la actividad que se supervisa (caso que se dio en la LMOR, en tanto los Organismos Reguladores en un primer momento estuvieron adscritos a los Sectores vinculados a aquella actividad que fiscalizaban).

Dicha autonomía funcional, está vinculada también a contar con independencia técnica, en tanto resulta importante que estos Organismos Reguladores tengan la independencia suficiente para desarrollar e implementar normas técnicas especializadas en el marco de sus competencias.

Así, la autonomía funcional estará vinculada a la denominada autonomía administrativa pues ambas implican libertad de gestión para la realización de funciones²⁶.

Dentro de la independencia técnica es importante tener en cuenta que se deben contar con órganos competentes para desempeñar las funciones altamente especializadas que la propia naturaleza de los Organismos Reguladores requiere y, en tanto no pueden ser ejercidas por otros órganos o entes del Estado.

En ese sentido, cada Organismo Regulador en nuestro país tiene una especialización propia: OSITRAN se especializa en temas de explotación de infraestructura de uso público, OSINERGMIN supervisa actividades relacionadas a energía y minas, OSIPTEL se dedica a servicios públicos de telecomunicaciones, entre otros.

Esta autonomía técnica viene de la mano con la solvencia técnica que Tassano menciona, y es que el Organismo Regulador debe contar con profesionales altamente calificados, debiéndoseles garantizar una línea de carrera que esté a salvo de la inestabilidad laboral que se suele tener en otros organismos del Estado, en tanto justamente resultan ser sectores verdaderamente

²⁶ RODRÍGUEZ Manrique, Carlos. *Organismos públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes*. En: Revista del Circulo de Derecho Administrativo N° 2, 2006, pp. 212.

influenciados con política, por lo que los funcionarios de los entes reguladores deberán tener condiciones de empleo competitivas y remuneraciones en línea con la labor que realizan²⁷.

Respecto la autonomía económica y financiera, debemos mencionar que esta pretende que el presupuesto del Organismo Regulador sea autónomo y es la propia entidad quién determina cómo serán distribuidos sus gastos. Esto está conectado con el aporte por regulación que precisa la LMOR en su artículo 10^o²⁸, el mismo que tiene un valor máximo de 1% del valor de la facturación anual de las empresas que los Reguladores supervisan.

Entre otros aspectos que refuerzan la independencia y autonomía de los Reguladores podemos mencionar los siguientes:

- Cuentan con un Consejo Directivo cuyos miembros solo podrán ser removidos en caso de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación. De hecho, su vacancia tiene causales establecidas de manera taxativa en el artículo 6.6 de la LMOR²⁹.

²⁷ TASSANO VELAOCHAGA, Herbert. Op. Cit. pp. 91.

²⁸ “Artículo 10.- Aporte por regulación

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”.

²⁹ “6.6 Son causales de vacancia del cargo de miembro del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores, las siguientes:

a) Fallecimiento;

b) Incapacidad permanente;

c) Renuncia aceptada;

d) Impedimento legal sobreviniente a la designación;

e) Remoción por falta grave; y,

Sin embargo, en este punto es importante mencionar que si bien estas causales taxativas de remoción o vacancia hacen frente a los criterios de confianza que se suelen utilizar en otras entidades del Estado para la designación de altos funcionarios, resulta cuestionable que los miembros sean designados a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Sector al que pertenece la actividad económica regulada y por el Ministerio de Economía y Finanzas, en tanto, al final del día, estos sectores son políticos, siendo que no necesariamente se podría designar directivos que tengan las cualidades suficientes para cumplir la labor altamente especializada que se necesita.

- Pese a lo anterior debemos resaltar los esfuerzos que realiza la LMOR cuando establece en su artículo 7^o³⁰ los requisitos para ser miembro del Consejo Directivo, tales como años de experiencia, contar con solvencia e idoneidad profesional, tener estudios completos a nivel de maestría; e incluso incompatibilidades para ejercer el cargo como las mencionadas en el artículo 8° de la misma norma, siendo que no pueden ser miembros del Consejo Directivo, entre otros, los titulares del más de 1% de acciones de empresas vinculadas a las actividades materia de competencia del

f) 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.

En caso de vacancia, el Sector al que corresponda designará un reemplazante para completar el período correspondiente”.

³⁰ “Artículo 7.- Requisitos para ser miembro del Consejo Directivo

Para ser miembro del Consejo Directivo se requiere:

a) Ser profesional con no menos de diez (10) años de ejercicio.

b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Este requisito se acreditará 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; o cinco (5) años de experiencia en materias que configuran el objeto de competencia del organismo regulador; y,

c) Acreditar por lo menos estudios completos a nivel de maestría en materias relacionadas a la actividad objeto de competencia del organismo regulador”.

regulador, personas sancionadas en procesos administrativos o delitos dolosos, inhabilitados por sentencia judicial³¹.

Todo lo anterior contribuye a reforzar la premisa de solvencia moral y técnica con la que deben contar los miembros del órgano máximo de decisión de los Reguladores.

- Dada su autonomía, sus decisiones no están sujetas a mandato alguno de otra entidad del Estado.

³¹ “Artículo 8.- Incompatibilidades para ser designado como miembro del Consejo Directivo

No pueden ser miembros del Consejo Directivo:

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) Los que hayan sido sancionados con destitución en el marco de un proceso administrativo o por delito doloso;

c) Los inhabilitados por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República;

d) Los directores, gerentes y representantes de personas jurídicas declaradas judicialmente en quiebra y las personas declaradas insolventes;

e) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros de Estado, los representantes al 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 Subcontralor 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;

Precísase que el plazo al que se refiere el párrafo anterior, no aplica para viceministros y directores generales de los ministerios o funcionarios de rango equivalente, que se hayan desempeñado en subsectores que no guardan afinidad con el organismo regulador

f) 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.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación para aquellos servicios prestados que no están vinculados directamente con la materia de regulación del Organismo Regulador. En el Reglamento del concurso público para la selección de los postulantes al cargo de Presidente y miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos se regula lo señalado en el presente párrafo.

- Su línea de actuación es definida por el Organismo mismo y esto se ve materializado de alguna manera en su función normativa en tanto emiten normas de carácter general en relación con las actividades que regulan, siendo que las mismas no pasan por mayor control que el del Consejo Directivo.

En este punto resulta importante reconocer el gran esfuerzo que se ha realizado en nuestro ordenamiento a fin de dotar de la máxima autonomía e independencia desde todos los extremos a los Organismos Reguladores. Sin embargo, existen aún ciertas deficiencias en el sistema partiendo de la sola premisa de que estamos ante organismos adscritos al Poder Ejecutivo y que son denominados como Organismos Públicos Descentralizados, lo cual nos lleva a evidenciar que su existencia se debe básicamente a un proceso de descentralización funcional³².

Esto ha generado que existan debates acerca de la naturaleza de estos Organismos Reguladores, en tanto se considera que su autonomía debería ser reforzada ya no por el legislador ordinario, si no por el legislador constituyente, dotándolo de autonomía constitucional, tal como sucede con otras entidades, tales como la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Banca y Seguros, entre otros³³.

De esta manera, se evidencia que aún es posible corregir ciertas deficiencias en nuestro ordenamiento y conseguir un nivel aún más alto de autonomía para los Organismos Reguladores.

3.3 Entonces, ¿la autonomía de los Organismos Reguladores justifica una excepción al Principio de Reserva de Ley?

A partir de lo anterior, resulta necesario determinar si, en efecto, los objetivos que plantea la regulación en nuestro país y con ella la creación de los Organismos Reguladores, permiten que se realice cierta excepción al

³² RODRÍGUEZ, Manrique. Op. Cit. pp. 204.

³³ RODRÍGUEZ, Manrique. Op. Cit. pp. 223.

principio de reserva de ley, en tanto, como hemos visto, dichas entidades aprueban sus propias normas, lo que implica tipificación de infracciones y su respectiva escala de sanciones, sin pasar por un proceso legislativo de aprobación. Cabe mencionar que, lo que sigue a continuación, es nuestra opinión personal.

Resulta conveniente hacer referencia a lo que menciona Canda, quien precisa que estamos en el marco de expresiones del poder de policía, en tanto la actividad de regulación es una de corte limitante, siendo así, las medidas regulatorias deben seguir también los principios y garantías a los que se sujeta dicha actividad de policía:

“reserva de ley (toda medida regulatoria que interfiera directamente con la conducta de los particulares requiere de una Ley expresa), (ii) especificidad, (toda norma limitante debe ser precisa y clara en señalar cuál es la conducta regulada y qué bien jurídico se pretende proteger con la intervención normativa); y, (iii) razonabilidad (cuando la norma que fija la potestad de intervención pueda razonablemente optar entre varias medidas posibles, debe hacerlo por la menos gravosa para el interés de los particulares – proporcionada. Asimismo, cuando la Administración pueda elegir respecto de qué medida concreta de policía aplicar, deberá preferir la que, a la vez, resulte menos restrictiva de la libertad y garantice adecuadamente la tutela del bien jurídico en el caso protegido – principio pro libertate)³⁴.

De esta manera, entendemos que la actuación de los Reguladores, en tanto resulta limitante de derechos, debe mantener la línea de aquellas garantías constitucionales que se le brinda a los administrados.

³⁴ CANDA, Fabián. *Régimen jurídico de la actividad de policía*. En: autores varios. Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2005. pp. 16-18.

Lo cierto es que, los reglamentos de sanciones e infracciones de los Organismos Reguladores solo se ven enmarcados en una de las vertientes del principio de legalidad que mencionábamos al inicio de este trabajo académico respecto de que la potestad sancionadora del Regulador se da a través de una norma con rango de ley; sin embargo, no sucede lo mismo con el elenco de sanciones e infracciones en tanto son aprobados por Resoluciones del Consejo Directivo.

Sin embargo, somos de la opinión de que un proceso reglamentario, como aquel llevado a cabo por el Consejo Directivo de los Reguladores en virtud de su potestad normativa, goza de un respaldo técnico mucho más elevado que el que podría tener en un proceso legislativo regular (a través del Congreso), en tanto el Parlamento se caracteriza por ser un centro de toma de decisiones, si bien legítimas en tanto son representantes de la sociedad civil escogidos por voto popular, carentes de tecnicismo, y, por el contrario, abiertas a debates políticos de los que justamente los Organismos Reguladores buscan apartarse en tanto supervisan actividades que no deben estar sujetas a control político.

En ese sentido, consideramos que en tanto el objetivo de los Organismos Reguladores es el de aplicar medidas regulatorias que permitan ordenar actividades económicas de interés público y de necesidad básica para la población (como el caso de los servicios públicos), lo que implica alto nivel de imparcialidad, transparencia y neutralidad para hacer frente a todos los actores alrededor: usuarios, privados y Estado; resulta necesario mantener su autonomía al máximo nivel, siendo que esto implica que su margen de actuación y normas, respecto de aquello que supervisa, quede en la especialización y alcance de la propia entidad.

Exponer a un proceso legislativo lleno de discusión política un reglamento de sanciones e infracciones para actividades tan especializadas y técnicas que requieren incluso de gran financiamiento para su desarrollo, sería elevar decisiones a un Congreso donde es factible encontrarse con intereses políticos contrapuestos.

De esta manera, si bien los objetivos y los fines que persigue la regulación, y con ello la actuación de los Organismos Reguladores, deben sujetarse a la mayor neutralidad y transparencia posible, ello no exime a que dichas entidades respeten las garantías constitucionalmente establecidas.

En esa línea, si bien los reglamentos de sanciones e infracciones emitidos por el Consejo Directivo de los Organismos Reguladores no cuentan con rango de ley, sí deben respetar los límites de proporcionalidad y razonabilidad que toda actividad sancionadora ha de resguardar.

4. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo académico, hemos buscado entender la lógica que existe tras el concepto de regulación y la creación de los Organismos Reguladores en nuestro ordenamiento a fin de comprender porqué estos organismos no están enmarcados en el principio de reserva de ley al momento de tipificar infracciones y establecer sanciones, más allá de que su potestad sancionadora sí esté establecida en una norma con rango de ley.

Si bien consideramos que ello es cuestionable, hemos ido tras el fondo del concepto de regulación y de los objetivos que los Organismos Reguladores persiguen, con la intención de evidenciar que nos encontramos ante organismos altamente especializados y cuya posición implica que sus actos son totalmente transparentes, imparciales y neutrales políticamente.

En ese sentido, hemos concluido que exponer a un proceso legislativo los reglamentos de sanciones e infracciones en cuestión, desnaturalizaría todo el marco de independencia y autonomía que se ha brindado a dichos organismos, además de que un proceso que pase por el pleno del Congreso – en nuestro país – iría contra la especialización altamente técnica que se requiere en este tipo de casos.

Sin embargo, debemos admitir que aún existen ciertas deficiencias en nuestro ordenamiento que terminan por poner en entredicho la autonomía de los Organismos Reguladores.

Lo cierto es que las disposiciones que determinan el nivel de autonomía de estos entes aún son perfectibles en nuestro ordenamiento, por lo que la LMOR podría ser modificada respecto de, por ejemplo, la composición del Consejo Directivo (que no sean designados por sectores políticos, sino que su elección sea a través de Concurso Público) o dotándolos de mayores mecanismos de transparencia (publicación de consultas técnicas, actas de reuniones con empresas inversionistas, entre otros) que, de hecho, son algunas de las propuestas que trae el Proyecto de Ley N° 02462-2017-CR que busca modificar la LMOR y la LOPE, pero que, sin embargo, no ha tenido mayor avance.

5. Bibliografía

a. Fuentes Normativas

- Constitución Política del Perú.
- Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM.
- Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

b. Fuentes Bibliográficas

- MORÓN URBINA. Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública*. En: Ius et Veritas.

- REBOLLO PUIG, Manuel. Lección 7: *Derecho administrativo sancionador, caracteres generales y garantías materiales.*
- CORREA, Magdalena. *La limitación de los derechos fundamentales.* Bogotá, UEC, 2003.
- IVANEGA, Miriam. *Los Principios Constitucionales de la responsabilidad disciplinaria.* Congreso Internacional de Derecho Administrativo: Derecho Administrativo en el Siglo XXI, Volumen II.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. *Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación.* En: Revista Ius et Veritas N° 40.
- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. *La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones.* En: Juan de la Cuétara & otros (coords.), *Derecho Administrativo y Regulación Económica.* Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: La Ley, 2011.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica.* En: Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (Directores). *Derecho a la Regulación Económica.* (Colección dirigida por Santiago MUÑOZ MACHADO). Volumen I. *Fundamentos e instituciones de la Regulación.* Madrid: Istel, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo.* Tomo II. Palestra Editores: 2017, Segunda Edición.
- BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales.* Lima: Palestra, 2006.

- TASSANO VELAOCHAGA, Herbert. *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. En: Revista Círculo de Derecho Administrativo N° 4, 2008.
- PÉREZ-REYES ESPEJO, Raúl. *La autonomía de los Organismos Reguladores: alcances y límites*. En: Revista Círculo de Derecho Administrativo N° 10, 2011.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo Peruano*. En: Revista Ius et Veritas N° 43.
- RODRÍGUEZ Manrique, Carlos. *Organismos públicos del Poder Ejecutivo y autoridades independientes*. En: Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 2, 2006.
- CANDIA, Fabián. *Régimen jurídico de la actividad de policía*. En: autores varios. Servicio Público, Policía y Fomento. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2005.