

# La Estabilidad Orgánica como Garantía de la Independencia de la Administración Reguladora: El Caso del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (1993-2010)

Diego Zcgarra Valdivia\*

*“En el presente artículo, el autor nos explica algunos aspectos poco explorados de OSIPTEL: su creación legislativa, su naturaleza jurídica y la particular composición de su Consejo Directivo desde 1993 a la actualidad”*

## Introducción

La creación de las Administraciones independientes o Administraciones Reguladoras es vista como la realización de valores y principios de relieve constitucional y responde a exigencias y a razones de desagregación y neutralización del gobierno, de los intereses vinculados con los sectores esenciales, de la línea de los aparatos de la ordinaria vida administrativa y de las direcciones del Poder Ejecutivo, en función no sólo y no tanto del carácter técnico de la materia y los objetivos de eficiencia propia de cada actividad administrativa, sino además de valoraciones políticas, de política legislativa, que exigen que el cuidado de los intereses mismos sean confiados a organismos dotados de autonomía e imparcialidad, portadores de una posición neutral y a la vez de la búsqueda del interés objetivo del ordenamiento: organismos, pues, como tales, independientes<sup>1</sup>.

El modelo de las Administraciones Reguladoras es el producto de una nueva forma de administrar que se deriva o impone por la necesidad de contar con un Estado que pueda adaptarse orgánica y funcionalmente al desarrollo económico<sup>2</sup> y a las nuevas necesidades

que ello conlleva, como son: dirección, organización y regulación<sup>3</sup>.

Sin que ello implique excluir las ideas expuestas, es necesario considerar que pretender contar con Administraciones reguladoras autónomas, equilibradas, imparciales, técnicamente preparadas, democráticas, comprometidas con los intereses generales y respetuosas de la ley, supone además reconocer que dichas instituciones están sometidas a un difícil proceso de creación y depuración, y que el modelo ideal dentro del cual han sido concebidas se distorsiona cuando éste opera en el mundo real, sea por los ajustes legislativos a los que es sometido, o por la propia acción o inacción gubernativa que pueden resultar limitando las notas que le son características<sup>4</sup>.

Dicho esto, interesa contar con un concepto general que nos sirva como punto de partida para el análisis que vamos a realizar del elemento orgánico de la Administración Reguladora. Al respecto, convenimos en que estamos frente a entidades administrativas que desarrollan labores de Administración activa y que reúnen las características de neutralidad e independencia respecto del Gobierno y de la Administración del Estado.

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho de las Telecomunicaciones y de la Tecnología de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Profesor Ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), de la Asociación de Derecho Ambiental Español, de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y del Centro de Estudio de Derecho Administrativo, Ambiental y Urbanístico (CEDAU) de la Universidad de São Paulo. Asociado Senior del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

1 Seguimos el planteamiento de Longo, F., “Ragioni e modalità dell’istituzione delle autorità indipendenti”, en S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), I garanti delle regole. Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia nel nostro paese, Ed. Il Mulino, Bologna 1996, págs. 14-15.

2 Al respecto es ilustrativo lo que señala el maestro R. MARTÍN MATEO, Derecho Público de la economía, Ed. CEURA, Madrid, 1985, pág. 24; citado por R. TEROL GÓMEZ, El control público de las telecomunicaciones. Autoridades Independientes, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 76; con relación a los cambios que se operan en la Administración del Estado: Nos encontramos - especialmente en materia de intervención económica - ante una profunda crisis del imperium unilateral del poder público ya que éste “no dispone, como se predicaba en el pasado, de absolutos poderes cuya aplicación depende sólo de la valoración que de los intereses públicos relevantes realice el grupo político en el poder”, y en consecuencia “tras la ardua literatura legal que aparece en los boletines oficiales, subyace una compleja urdimbre de pactos, acuerdos y negociaciones precedentes. El Estado aparece así, más que como un Leviatán, como un modesto componedor entre grupos contrapuestos, algo así como un árbitro, en caso de necesidad, entre poderes recíprocamente moderados o crónicamente en litigio, según se mire”.

3 PAREJO ALFONSO, L., “La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes”; apuntes para un estudio del fenómeno”, en AA. VV. Administración Instrumental, Libro Homenaje al Profesor Clavero Arévalo, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 635 y sigs.

4 Al respecto, SUNDFELD, C., “Introdução às Agências Reguladoras”, AA. VV. Direito Administrativo Econômico, Ed. Malheiros Editores, Brasil, 2006, pág. 25; sostiene que: “Sonhar com autoridades equilibradas, imparciais, tecnicamente preparadas, democráticas, comprometidas com os interesses gerais, respeitadoras do Direito, etc., em nada garante que a realidade vá se ajustar aos sonhos. Cada instituição comporta um lento e dolorido processo de criação e depuração”.

Precisamente nuestra preocupación por la peculiar relación de las Administraciones Regulatoras con el Gobierno es la que nos ha llevado a ocuparnos en el presente trabajo del aspecto orgánico del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL<sup>5</sup> como uno de los que garantizan su independencia y contribuyen a neutralizar sus funciones del poder político como del ámbito administrativo situado en la órbita del Ejecutivo<sup>6</sup>.

## 1. Caracterización General del OSIPTEL

### 1.1 El Soporte Constitucional y su Expresión a Nivel Legislativo

La presencia de una Administración Reguladora en el ámbito de las telecomunicaciones - como sucede con los otros servicios públicos de carácter económico - tiene como soporte jurídico el artículo 119º de la Constitución de 1993, al fijar dicha norma la competencia del Poder Ejecutivo y específicamente del Consejo de Ministros, en la "Dirección y Gestión de los Servicios Públicos"<sup>7</sup>.

Aunque la creación legislativa del OSIPTEL<sup>8</sup> es anterior a la entrada en vigencia de la Constitución, es indudable que su actual configuración descansa sobre las bases constitucionales antes citadas, por lo que es posible afirmar que ésta - la creación - supone la consecución de un nuevo título de legitimación de la acción de los poderes públicos en ámbitos especialmente sensibles como es el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú<sup>9</sup>.

En lo que respecta a legislación de creación del OSIPTEL, ésta situó a dicha Administración reguladora en el seno del Ejecutivo: el artículo 80 del Decreto Legislativo 702, y posteriormente el artículo 77 del Decreto Supremo No. 013-93-TCC, TUO de la Ley General de Telecomunicaciones, lo caracterizaban como "un organismo público dependiente del Presidente de la República". Su posterior adscripción al Consejo de Ministros será con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 y con la dación del Decreto Supremo No. 62-94-PCM, Reglamento del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones<sup>10</sup>.

### 1.2 Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del OSIPTEL está estrechamente vinculada con las denominadas Administraciones Independientes o Autoridades Nacionales de Reglamentación, que conceptualmente, como ya hemos señalado, son las entidades concebidas con el propósito de neutralización política de ciertas actividades,

alejando de las mismas la posibilidad de un control directo por parte del Gobierno<sup>11</sup>.

Se trata, de un organismo público que conforme lo establece la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores y el artículo 17 del Decreto Supremo 8-2001-PCM, vigente Reglamento General del OSIPTEL, cuenta con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. De acuerdo con lo señalado es una entidad administrativa que carece de superior jerárquico y por lo tanto no está sometida a relación alguna de supremacía por parte del resto de la Administración Pública. La principal manifestación de este carácter radica en el hecho de que sus decisiones agotan la instancia administrativa y sólo pueden ser objeto de cuestionamiento en la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo.

Con respecto a su actuación, ésta se desarrolla en el marco de la normativa vigente establecida para el servicio público de telecomunicaciones, así como en aquella que se derivada de los respectivos contratos de concesión. La principal función del OSIPTEL es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por los operadores del servicio público y de los compromisos contraídos en los referidos contratos de concesión. Asimismo, ejerce potestades de regulación principalmente en materia de: determinación de tarifas, fiscalización y sanción, solución de controversias entre operadores y resuelve reclamos de usuarios, determinación de los niveles de calidad y cobertura del servicio, y garantía de las condiciones de acceso a la actividad y utilización de redes a través del ejercicio de la función normativa, de ahí su incidencia directa en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones<sup>12</sup>.

## 2. Consideraciones Generales respecto de la Independencia del OSIPTEL como Administración Reguladora

A partir de la definición de Administración Reguladora adoptada en la introducción del presente trabajo, es posible asumir la independencia como un valor que reúne aquellas condiciones que contribuyen a aislar la actividad de determinados organismos administrativos de la influencia directa del Gobierno.

En línea con lo señalado, y como precisa TERRON, las funciones de control y garantía que poseen las instituciones destinadas a regular estos sectores, deben ser ejercidas con la independencia propia de quienes deben estar al margen de la orientación que supone

5 No pretendemos realizar una formulación abstracta en el análisis, ya que nuestro punto de referencia será lo acontecido en el seno del OSIPTEL en periodo que va desde 1993 hasta la actualidad (2010).

6 Sobre esto último véase MAGIDE HERRERO, M., Límites constitucionales de las Administraciones Independientes, Ed. INAP - MAP, Madrid, 2000, pág. 40.

7 La Ley N° 29158, en línea con la disposición constitucional, ha establecido en su artículo 4 como competencia exclusiva (e indelegable) del Poder Ejecutivo la "h) Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad".

8 El OSIPTEL fue creado por el Decreto Legislativo 702 en el año 1991.

9 Seguimos el planteamiento de L. A. POMED SÁNCHEZ, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes", Revista de Administración Pública N° 132, Setiembre - diciembre 1993, pág. 155.

10 Al respecto, véase el artículo 1 del Decreto Supremo 62-94-PCM

11 TERRON SANTOS, D., Autoridades Nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Ed. Comares, Granada, 2004, pág. 71.

12 Sobre las funciones del OSIPTEL véase nuestro trabajo "El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL", Revista de Derecho Administrativo, No. 5, Año 3, 2008, pág. 132 y sigs., asimismo, DANÓS ORDÓÑEZ, J., "Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú: Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios", Ponencia al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima, 2004, pág. 10.

la vinculación política derivada de la pertenencia a un determinado partido, evitando así que éstas se instrumentalicen<sup>13</sup>.

Al respecto, es el marco normativo propio de las Administraciones Regulatoras el que presenta una serie de garantías que las diferencia del resto de entidades de la Administración y que limitan la capacidad de dirección del Gobierno, configurando de esta forma una particular posición institucional respecto de éste<sup>14</sup>. Si bien estas garantías se establecen principalmente en relación con el Gobierno, esta perspectiva requiere ser complementada ya que la injerencia que quiere ejercerse con respecto a la Administración Reguladora puede provenir también de otras instituciones públicas (Congreso) así como de grupos de la sociedad, por ello, los elementos en los que se basa la independencia de estas entidades deben enjuiciarse teniendo en cuenta las diversas fuentes de riesgo para su neutralidad.

En caso del OSIPTEL, garantizar su independencia supone que disponga de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de sus funciones. Esta independencia funcional, debe ser defendida – como sostiene PEREZ HUALDE – para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos constitucionalmente, para lo cual, adiciona – a los ya mencionados – algunos otros instrumentos que considera imprescindibles como son: la inexistencia de una relación jurídica con respecto a funcionarios del Poder Ejecutivo, o la inexistencia de vías recursivas ordinarias contra las resoluciones definitivas de la máxima autoridad del ente; en otras palabras, eliminación del control de tutela<sup>15</sup>.

Respecto de esto último, seguimos a MAGIDE HERRERO, cuando identifica como garantías funcionales: la exclusión de facultad de Gobierno de imponerle a la Administración Reguladora directrices de actuación, la exclusión de revisión de sus decisiones en el ámbito gubernativo ya sea de oficio o en vía de recurso y, la legitimación para recurrir sus decisiones en vía contencioso administrativa<sup>16</sup>.

Asimismo, debe considerarse la complementación que existe entre la vertiente funcional de la independencia con aquella de carácter orgánico porque, como sostiene la doctrina, de casi nada serviría el elemento funcional de la independencia si no se complementase con las debidas garantías personales que impidan la posible influencia extralegal del Gobierno sobre los titulares de los órganos rectores de las Administraciones Regulatoras (Consejos Directivos), y en general de todas las presiones que puedan interferir en el imparcial (objetivo) desarrollo de sus funciones<sup>17</sup>.

La independencia personal se consigue a través de una serie de mecanismos como son: régimen de nombramiento y cese, la duración ordinaria del mandato, y el estatus personal (régimen de incompatibilidades) de los miembros del Consejo Directivo; que aproximan a la Administración reguladora a una propia administración imparcial, lo que incide directamente en el nivel de independencia que OSIPTEL adquiere.

### 3. El Elemento Orgánico: Aspectos que Garantizan su Independencia

Como acertadamente sostiene AZEVEDO MARQUES, “la independencia orgánica está referida a que el ejercicio de las actividades de la agencia se traduzca en la existencia de mecanismos aptos para asegurar que las agentes reguladores no van a estar subordinados a la voluntad política del poder central y con ello su finalidad, objetivos y principios contenidos en las políticas públicas establecidas para el sector”<sup>18</sup>. Para el citado autor, es posible darse cuenta que la independencia orgánica se presta para asegurar una amplia autonomía en el manejo de instrumentos regulatorios<sup>19</sup>.

Es necesario tener presente que este elemento implica no sólo establecer un conjunto normativo que le otorgue suficiente cobertura legal para garantizar a las personas que dirigen el ente regulador, la independencia necesaria para llevar a cabo sus funciones; sino que además supone el establecimiento de una estructura administrativa debidamente definida en sus funciones; que cuente con unas autoridades que la dirijan, las cuales deben ser designadas teniendo en consideración su competencia profesional en el sector con independencia de las influencias de los grupos políticos y de los agentes económicos regulados<sup>20</sup>.

Es claro entonces que esta autonomía o independencia concerniente a aspectos organizativos requiere estar resguardada o garantizada, en aspectos como la composición y el poder de designación de sus titulares, su estatuto jurídico propio, su financiamiento y organización interna<sup>21</sup>.

### 4. Designación, Composición y Mandato de los Miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL

La independencia que se espera del OSIPTEL depende en buena medida del régimen de nombramiento de los miembros de su Consejo Directivo, órgano máximo del OSIPTEL, a cargo del establecimiento de las políticas y la dirección del organismo<sup>22</sup>, y que ejerce de forma exclusiva la función reguladora<sup>23</sup> y la función normativa<sup>24</sup> dentro del ámbito de competencia asignado legislativamente.

13 TERRON SANTOS, D., Ob. cit., pág. 113.

14 MAGIDE HERRERO, M., Límites constitucionales de las Administraciones Independientes, Ed. INAP, Madrid, 2000, pág. 83.

15 PEREZ HUALDE, A., Servicios Públicos y Organismos de Control, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 70 – 71.

16 MAGIDE HERRERO, M., Ob. cit., pág. 84.

17 Al respecto, véase por todos, TERRON SANTOS, D., Ob. cit., pág. 114 y MAGIDE HERRERO, M., Ob. cit., pág. 95.

18 AZEVEDO MARQUES NETO, F., Agencias Regulatoras Independientes. Fundamentos e seu Regime Jurídico, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2005, pág. 73.

19 AZEVEDO MARQUES NETO, F., Loc. cit., idem.

20 HERNANDEZ-MENDIBLE, V., Telecomunicaciones, Regulación y Competencia, Ed. Jurídica Venezuela, Caracas, 2009, pág. 168.

21 Al respecto, vid. D. SORACE, “La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale”, *Concorrenza e Mercato*, n.º 2, Agosto 2003, pág. 337; VIRGALA FORJURA, E., La Constitución y las Comisiones reguladoras de servicios de red, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 271 – 277; FERNANDEZ FARRERES, G., “Administraciones instrumentales”, en F. SAINZ MORENO (Dir.), Estudios para la Reforma de la Administración Pública, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública - INAP, Madrid, 2004, pág. 350.

Para la doctrina, el nombramiento, sustitución y cese de los miembros del Consejo Directivo, debe operar como límite a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, ya que el resto de garantías estatutarias (como la pluralidad de instituciones para el nombramiento, entre otras), no son requisitos suficientes para garantizar la independencia, a pesar de ser indispensables para producir la misma<sup>25</sup>. Para los fines del presente trabajo nuestro análisis se centrará únicamente en las formas de designación de los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL en la composición del órgano y el mandato.

#### 4.1 Designación de sus Miembros

En caso del OSIPTEL, desde su creación, ha sido el Poder Ejecutivo<sup>26</sup> el que ha conservado el poder de nombrar los miembros de su Consejo Directivo<sup>27</sup>, sin embargo, los procedimientos de designación no han sido uniformes para los Consejos Directivos en funciones desde 1993.

El mecanismo normado en el Decreto Legislativo 702<sup>28</sup> disponía que el Presidente de la República sea quien designe – sin que mediara concurso público – a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros, al Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL mediante Resolución Suprema y, adicionalmente, hacía lo propio con representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Posteriormente con los ajustes establecidos en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, TUO de la Ley General de Telecomunicaciones, el Presidente designaba también al representante del Ministerio de Economía y Finanzas. De esta forma, luego de designado el Presidente y los otros Consejeros, una vez en ejercicio, se incorporaría a los demás integrantes.

En el año 2000, con la expedición de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el mecanismo de nombramiento de los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL se mantuvo en lo esencial (nombramiento vía Resolución Suprema previa propuesta de la PCM o del MEF) sin embargo, se hizo extensivo a la totalidad de miembros del Consejo Directivo.

Será con la aprobación de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, de 20 de diciembre de 2007, que el

sistema de nombramiento de los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL tenga un cambio significativo: la referida norma dispuso en el numeral 6 de su artículo 32° que los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores debían ser designados por concurso público. El mismo 2007, vía el Decreto Supremo N° 082-2007-PCM se reglamentó el proceso de selección y designación de quienes reemplazarían a los Presidentes de los Consejos Directivos y los miembros representantes de la sociedad civil, propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros para la conformación de los Consejos Directivos de los Organismos Reguladores.

Un año después, sin embargo, fue dictado el Decreto Supremo N° 014-2008-PCM<sup>29</sup>, con finalidad de contar con un procedimiento único aplicable al concurso público que permite la designación de los miembros de los Consejos Directivos de los Organismos Reguladores por parte del Presidente de la República. El citado procedimiento de selección y designación comprende las siguientes fases: convocatoria, declaración de candidatos aptos, evaluación, selección y designación. Una vez concluidas las referidas etapas, el Presidente de la República recibe las lista de seleccionados y procede a la designación del miembro o miembros (según corresponda) del Consejo Directivo del OSIPTEL mediante Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del Sector al que pertenece la actividad económica regulada.

#### 4.2 Composición y Mandato

Con relación a la composición y al mandato del Consejo Directivo del OSIPTEL, y teniendo en cuenta los cambios legislativos dentro del período 1993 - 2010, encontramos “como punto de partida” lo dispuesto en artículos 85° y 86° del Decreto Legislativo N° 702 con respecto a que el Consejo Directivo estaría integrado por cinco (5) miembros<sup>30</sup>.

Posteriormente, con el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, TUO de la Ley General de Telecomunicaciones, se estableció que el Consejo Directivo estaría integrado

22 Al respecto, vid. el artículo 73° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL.

23 El inciso b) del artículo 3° de la Ley N° 27332 define la función reguladora como aquella que: “comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito”.

24 El inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 define la función reguladora como aquella que: “comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y la materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas 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”.

25 TERRON SANTOS, D., Ob. cit., pág. 121. Sobre este tema, el ilustrativo tener presente lo que señala HERNANDEZ-MENDIBLE, V., Ob. cit., pág. 169: “El nombramiento o designación de las personas que dirigirán los entes reguladores, puede ser atribuido al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo y también puede ser compartida por ambos poderes. Sin embargo, debe destacarse que lo más importante para que la garantía orgánica o estatutaria funcione, consiste en establecer la estabilidad en los cargos durante un tiempo determinado, de las personas que dirigirán el ente regulador, evitando el cese o remoción libremente, ab nutum, sin que haya finalizado el lapso legal para el cual se produjo la designación, pues ello frustra uno de los objetivos que persigue el elemento orgánico”.

26 En todos los países se ha limitado o condicionado la participación de Gobierno en la elección de los miembros que conforman el núcleo central en las entidades de regulación, así, a diferencia de lo que sucede en el Perú, en Estados Unidos, los miembros (“commissioners”) de la FCC luego de ser elegidos por el Presidente, su designación se sujeta a la ratificación del Senado. En el caso de Francia, los miembros (“Colleagues”) de la ARCEP no son elegidos exclusivamente en el ámbito del Ejecutivo, ya que en la designación participan el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado. En España, los miembros (“Consejeros”) son nombrados directamente por el Gobierno (Ejecutivo), realizándose una comparecencia en el Congreso únicamente para informar los nombramientos. Sobre el procedimiento de designación de los miembros de las entidades reguladoras en Italia, o “le autorità indipendenti, como se les denomina, vid. F. MERUSI y M. PASSARO, Le autorità indipendenti, Ed. Il Mulino, Bologna, 2003, pág. 69-75.

27 De forma comparada en el ámbito español, MAGIDE HERRERO, M., Ob. cit., pág. 97 señala que: “(...) el Gobierno conserva el poder de nombrar (...) los titulares de los órganos rectores de estos Entes, poder de nombramiento que es uno de los rasgos que caracterizan las relaciones de la Administración General del Estado con los organismos públicos de ella dependientes”.

28 El artículo 86° del Decreto Legislativo N° 702 prevé que el Consejo Directivo estaría integrado por el Presidente del Consejo Directivo, un representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, un representante de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones otorgados por concesión, un representante de las empresas concesionarias de servicios portadores y un representante de las empresas concesionarias de teleservicios o servicios finales.

29 Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” de fecha 26 de febrero de 2008.

30 El artículo 86° del Decreto Legislativo N° 702 prevé que el Consejo Directivo estaría integrado por el Presidente del Consejo Directivo, un representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, un representante de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones otorgados por concesión, un representante de las empresas concesionarias de servicios portadores y un representante de las empresas concesionarias de teleservicios o servicios finales.

por seis (6) miembros<sup>31</sup> y que dicho cargo tendría un plazo de tres (3) años. De otro lado, en la Tercera Disposición Transitoria de la indicada norma se estipuló que el OSIPTEL podría iniciar sus funciones con la sola designación de los representantes del Poder Ejecutivo que –a esa fecha– lo conformarían el Presidente del Consejo Directivo, el representante del Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y el representante del Ministerio de Economía y Finanzas, los mismos que, una vez en ejercicio, incorporarían a los demás integrantes.

Así, en el año 1993, se designó al primer Consejo Directivo en funciones, el mismo que fue integrado por Jorge Kunigami Kunigami, quien lo presidió, y por los representantes del Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respectivamente. Al respecto, resulta necesario precisar que, a diferencia de lo que sucede en otros países, el régimen de actividades de los miembros del Consejo Directivo tiene el carácter de dedicación exclusiva únicamente en el caso de su Presidente, ya que en el caso de los otros Consejeros éstos concurren solamente a las reuniones programadas para tomar las decisiones que corresponda dentro del período establecido.

Poco tiempo después, fue aprobado el Reglamento General del OSIPTEL, el Decreto Supremo N° 62-94-PCM<sup>32</sup>, norma que adecuándose al TUO de la Ley General de Telecomunicaciones, dispuso que el Consejo Directivo estaría integrado por seis (6) miembros que serían designados por un periodo de tres (3) años renovables por idénticos y sucesivos periodos y que, en tanto no se produzca la ratificación o el nombramiento de los nuevos miembros del Consejo Directivo, los anteriores miembros permanecerán en su respectivos cargos<sup>33</sup>.

La actividad del primer Consejo Directivo en funciones (1993 - 1996) se desarrolló durante los tres primeros años con cinco miembros ya que únicamente se designó a un representante de los operadores. Es recién con el Consejo Directivo del período 1996 - 1999 que el número total establecido en la legislación fue completado al haber sido designados en 1996 un representante por las

empresas operadoras de servicio portador y otro por las empresas operadoras de servicios finales.

**“(...) a diferencia de lo que sucede en otros países, el régimen de actividades de los miembros del Consejo Directivo tiene el carácter de dedicación exclusiva únicamente en el caso de su Presidente...”**

En diciembre de 1998, a través de la Ley N° 27010<sup>34</sup> se modificó el número de miembros que debían integrar el Consejo Directivo, fijándose en cinco (5), pero además se cambió la procedencia de los mismos, de forma que se suprimió la presencia de un representante de los usuarios y de los representantes de las empresas, reemplazándolos por un representante del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y un representante del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Los referidos cambios afectaron la composición del Consejo Directivo del período 1998 - 1999, lo que supuso que desarrollara sus funciones con cuatro (4) de los cinco miembros previstos en la normativa.

Posteriormente, con la Ley N° 27332, si bien se realizaron cambios en los requisitos para ocupar el cargo de miembro del Consejo Directivo<sup>35</sup>, las modificaciones referidas a su composición se mantuvieron<sup>36</sup>. Durante el período 1999 - 2000 hubo una recomposición del Consejo Directivo al nombrarse al representante del Ministerio de Economía y Finanzas completándose de esta forma el número legal de sus miembros.

En enero de 2001 se designó un nuevo Consejo Directivo y poco tiempo después será aprobado Decreto Supremo N° 008-2001-PCM<sup>37</sup>, nuevo Reglamento General del OSIPTEL, norma que incorporó los cambios a la composición del Consejo Directivo que fueron previstas en la Ley N° 27332.

31 El artículo 83° del Decreto Supremo N° 13-93-TCC prevé que el Consejo Directivo estaría integrado por el Presidente del Consejo Directivo, un representante del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones finales de carácter público, un representante de las empresas concesionarias de servicios portadores y un representante de las empresas concesionarias de teleservicios o servicios finales. Cabe precisar que, con la dación de la Ley N° 27010, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" en fecha 08 de diciembre de 1998, se determinó que el Consejo Directivo estaría conformado por un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción –quien ejercería la Vicepresidencia–, un representante del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y un representante del INDECOPI.

32 El Decreto Supremo N° 062-94-PCM, de 9 de agosto de 1994, fue derogado mediante el artículo 2° del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" de fecha 02 de febrero de 2001, por medio del cual se aprueba el actual Reglamento General de OSIPTEL.

33 El artículo 38° del Decreto Supremo N° 62-94-PCM prevé que el Consejo Directivo estaría integrado por el Presidente del Consejo Directivo, un representante del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones finales de carácter público, un representante de las empresas concesionarias de servicios portadores y un representante de las empresas concesionarias de teleservicios.

34 Para ello se modificó el Artículo 83 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

35 "Artículo 7°.- Requisitos para ser miembro del Consejo Directivo: Para ser miembro del Consejo Directivo se requiere: a) Ser profesional con no menos de 5 (cinco) años de ejercicio; y b) Contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional".

Posteriormente la citada norma fue modificada por la Ley N° 28337, siendo el texto vigente el siguiente:

"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".

36 Al respecto, véase el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27332.

37 Norma que derogó el Decreto Supremo N° 62-94-PCM.

Sin embargo los cambios importantes se darán con la expedición de la Ley N° 28337, norma que incorporó el numeral 6.5 al artículo 6° de la Ley N° 27332, a través del cual se estableció que la designación de los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores era un periodo de cinco (05) años y que podrían ser designados por un periodo adicional.

Sobre lo último es relevante señalar que vía el Decreto Supremo N° 032-2001-PCM, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" de fecha 29 de marzo de 2001, se estableció que el periodo para la designación de los miembros del Consejo Directivo sería anual, de modo tal que secuencialmente se produzca la renovación de un (1) miembro del Consejo Directivo cada año<sup>38</sup>; asimismo, con el objetivo de hacer viable esta forma de renovación, el citado Decreto Supremo dispuso de forma excepcional<sup>39</sup> distintos plazos para los mandatos de los miembros del Consejo Directivo que estaban en funciones.

La aplicación del mecanismo de renovación anual de los miembros del Consejo Directivo del OSIPTEL se dio a partir del año 2002, en que se nombró por un periodo de cinco años a Edwin San Román Zubizarreta como nuevo Presidente del Consejo Directivo. No obstante lo señalado el referido mecanismo de renovación anual no operó conforme lo había previsto el Decreto Supremo N° 032-2001-PCM ya que en enero y abril de 2004 renunciaron los miembros del Consejo Directivo designados en representación de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respectivamente.

Fué con los nombramientos por cinco años de los representantes del INDECOPI, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entre enero y abril de 2004, que el Consejo Directivo se recompuso, aunque sin llegar, nuevamente, a tener el número total de miembros.

En febrero de 2007, Guillermo Thornberry fue designado como Presidente del Consejo Directivo por un periodo de 5 años, sin embargo, ese mismo año los miembros del Consejo Directivo cuyo mandato era hasta el 2009, renunciaron a sus cargos, manteniéndose en funciones hasta julio de 2007.

Entonces empezó un periodo que va de julio de 2007 a mayo de 2008 en que las decisiones del Consejo Directivo fueron tomadas únicamente por el Presidente del Consejo Directivo, respaldado, tal actuación en lo

dispuesto en el artículo 86<sup>40</sup>, literal j) del Reglamento General de OSIPTEL. El citado dispositivo establece, como parte de las funciones del Presidente del Consejo Directivo, la posibilidad que la misma adopte medidas de emergencia sobre asuntos de competencia del Consejo Directivo, solo en caso no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente<sup>41</sup>, sin perjuicio de que la Presidencia tenga la obligación de dar a conocer a los miembros del Consejo Directivo la adopción de dicha medida en la próxima sesión del Consejo.

Al respecto, cabe tener presente que el supuesto enunciado únicamente es aplicable en un caso de excepción claramente determinado, en concreto, la imposibilidad que el Consejo Directivo pueda reunirse para sesionar válidamente y que, al mismo tiempo sea necesario dictar medidas de emergencia sobre asuntos inicialmente sometidos a su competencia. Por lo tanto, la aplicabilidad del supuesto mencionado no sólo presupone la existencia de un Consejo Directivo que no pueda reunirse por excepción, sino que a su vez implica la consecuente prohibición del empleo de dicha facultad para asuntos que no queden comprendidos dentro del supuesto correspondiente a las medidas de emergencia.

La recomposición de Consejo Directivo del OSIPTEL se dio a partir de la designación por concurso público de sus nuevos miembros en mayo de 2008 pero sin llegar a completar, como en otras oportunidades, el número legal de sus miembros<sup>42</sup>.

Pocos meses después el Consejo sufrió una nueva afectación en su composición al producirse la renuncia de uno de sus miembros y la remoción de otro a finales del año 2009, lo que abrió paso a un periodo en el que las decisiones del máximo órgano del OSIPTEL fueron tomadas por el Presidente del Consejo Directivo y un Consejo en funciones.

Hubo que esperar hasta agosto de 2010 para que se seleccionara por concurso público a los miembros que debían cubrir las plazas vacantes, sin embargo, nuevamente, no se completó el número total de Consejeros fijados por la normativa.

## 5. El Elemento Orgánico Sometido a Evaluación: Consideraciones Finales

Culminada nuestra revisión de lo acontecido en el OSIPTEL en materia de designación, composición y mandato de los miembros de su Consejo Directivo, y

38 Al respecto, véase el artículo 3 del Decreto Supremo N° 032-2001-PCM. Asimismo debe tenerse presente que si bien la citada norma fue posteriormente derogada en su integridad por el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, Reglamento de la Ley N° 27332, en el artículo 10 de éste último dispositivo se ha recogido la figura de la renovación anual.

39 "Artículo 9°.- Del mandato de los miembros de los Consejos Directivos actualmente designados  
Por excepción, los miembros de los Consejos Directivos actualmente designados sujetarán su mandato a los siguientes plazos, contados desde la fecha de su nombramiento:

- a) El Presidente del Consejo Directivo, un (1) año;
- b) El representante del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), dos (2) años;
- c) El representante del Ministerio de Economía y Finanzas, tres (3) años;
- d) El representante del Sector, cuatro (4) años; y
- e) El segundo representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, cinco (5) años.

Al vencimiento de los referidos mandatos, el director reemplazante será nombrado de manera regular por un periodo de cinco (5) años".

40 "Artículo 86°.- Funciones  
Corresponde al Presidente del OSIPTEL:  
(...)

j) En el caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo (...)."

41 De acuerdo a lo establecido en el artículo 80° del Reglamento General de OSIPTEL, para la adopción de acuerdos de Consejo Directivo se requiere del voto de la mayoría de los miembros presentes, siendo el quórum mínimo la mitad de los miembros hábiles.

42 El Consejo Directivo estuvo compuesto por 4 miembros.

teniendo como marco de referencia las consideraciones expuestas en torno a la independencia de una Administración reguladora, corresponde ahora evaluar si el elemento orgánico se ha consolidado como una verdadera garantía de la independencia del OSIPTEL.

Para cumplir con este último cometido, vamos a ser puntuales en nuestro análisis de manera que al final podamos identificar algunas notas que contribuyan a caracterizar el modelo de Administración reguladora del OSIPTEL:

**“(…) las decisiones del OSIPTEL, adoptadas en sesiones celebradas en el Consejo Directivo, no siempre han quedado en manos de la mayoría de sus miembros, sino que incluso, por un período de tiempo significativo, su Presidente ha decidido como miembro único(…)”**

**5.1 Respecto de la designación**, es posible observar que primó, por un periodo de tiempo importante, el principio de libre designación como ejercicio de discrecionalidad, situación que cuestiona la idoneidad constitucional de un sistema de designación de altos cargos de la Administración Pública, y que no está exento de operar en función de una variable política, sacrificando principios como los de eficacia, eficiencia, mérito y capacidad.

Otra cuestión vinculada a la designación, la encontramos en las claras limitaciones del Ejecutivo para realizar los procedimientos para el nombramiento de los miembros del Consejo Directivo. Conforme dimos cuenta, esto se ha evidenciado no sólo cuando el mecanismo era de designación directa, sino también cuando ya estaba normada la realización de un concurso público.

Finalmente, la falta de una secuencia temporal ordenada en la designación de los miembros del Consejo Directivo ha hecho imposible que fórmulas como la renovación de (1) miembro del Consejo Directivo por año puedan realizarse de forma permanente.

**5.2 Sobre la composición**, esta pueden ser vista desde dos vertientes: su carácter plural y el carácter colegiado del órgano.

- Sobre la pluralidad, se ha puesto en evidencia la inicial falta de definición de este aspecto, ya que en un primer momento la normativa consideró la inclusión de representantes de usuarios y de operadores, limitando, a nuestro entender, el carácter neutral que el Consejo Directivo debe tener con respecto a quienes son “parte interesada” en la provisión de un servicio público.

- Sobre el carácter colegiado del Consejo Directivo, dentro del periodo de referencia observado, se ha mostrado casi como una constante, el funcionamiento del órgano sin contar con el número total de sus miembros, con lo cual, las decisiones del OSIPTEL, adoptadas en sesiones celebradas en el Consejo Directivo, no siempre han quedado en manos de la mayoría de sus miembros, sino que incluso, por un período de tiempo significativo, su Presidente ha decidido como miembro único sobre aspectos en los que las normas procedimentales requería una concurrencia colegiada (por ejemplo, en la revisión y fijación de tarifas).

**5.3 Con relación al mandato y su duración**, en sus inicios, los miembros del Consejo directivo fueron nombrados por periodos de tiempo cortos (3 años), lo que generaba recomposiciones frecuentes del órgano. Con el cambio del mandato por un período de 5 años, la estabilidad se ha ido dando en forma progresiva, pero sobre todo se ha reforzado la a sincronía de los mandatos de los Consejeros con el periodo de duración del Gobierno de turno.

Otro aspecto que tiene incidencia negativa en la estabilidad de la composición del Consejo está vinculado con el régimen de dedicación parcial del grueso de sus miembros – exceptuando al Presidente –, ya que el mismo no representa limitación alguna para formular renuncias, sino que además, trae como consecuencia recomponer los Consejos Directivos en funciones.

#### **A Modo de Conclusión**

Una vez formuladas las consideraciones precedentes es posible afirmar que no obstante haber sido concebido como una Administración reguladora autónoma, imparcial, técnicamente preparada, a la cual se aplica un régimen jurídico especial, el OSIPTEL no ha sido inmune a las dificultades propias de su proceso de creación y depuración derivado de los ajustes legislativos que desde sus inicios se han sucedido, así como de las limitaciones del Ejecutivo para actuar en los procedimientos de designación de los miembros de su Consejo Directivo.

Esto último ha incidido, de forma casi permanente, en la estabilidad de su elemento orgánico y, en particular, de los aspectos que garantizan la independencia del OSIPTEL, por lo que más allá de formular recomendaciones para nuevos cambios en la legislación, se hace necesario demandar al Ejecutivo se garanticen procesos estables y ordenados en la designación, composición y mandato de los miembros del Consejo Directivo de manera que no se vean afectadas por coyunturas políticas o por la inacción del Gobierno de turno, perjudicando de esta forma el ejercicio de sus funciones de regulación en una actividad que está directamente vinculada con la prestación de un servicio esencial para la población. ■