



Juan Carlos Morón Urbina^(*)

La **participación de concesionarios y usuarios** en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

“(…) ES POSIBLE DISTINGUIR EL PAPEL QUE LE CORRESPONDE A LA CIUDADANÍA ENTRE LA PARTICIPACIÓN FUNCIONAL QUE PERMITE INFLUENCIAR EN LA TOMA DE DECISIONES, DE AQUELLA EN QUE LA PARTICIPACIÓN FUNCIONAL PERMITE DECIDIR EN ASUNTOS PÚBLICOS. EN LA PRIMERA, SE RECONOCE A LA CIUDADANÍA SU CAPACIDAD DE INFLUENCIAR EN LA FORMULACIÓN DE DECISIONES QUE SON ADOPTADAS POR LOS FUNCIONARIOS GUBERNAMENTALES. LA PARTICIPACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES, POR EL CONTRARIO, ES UNA EXPRESIÓN DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA QUE LE PERMITE ADOPTAR DECISIONES DE MANERA DECISIVA EN LA OPCIÓN A ADOPTARSE.”

“La adopción de fórmulas participativas –en el caso, del procedimiento de elaboración participativa de normas- requiere la presencia de dos elementos fundamentales: una administración con voluntad real y concreta de abrir canales de participación, así como una sociedad civil activa y comprometida con su responsabilidad en la materia. De nada sirven meros ritos procedimentales carentes de contenido –ya sean audiencias públicas, documentos en consulta, etc.- si no van acompañadas de la voluntad política necesaria para canalizar y plasmar en la realidad las propuestas que surjan de esos espacios de participación pública.”

Pablo Fernández Lamela

1.El significado de la participación ciudadana en la gestión pública

Un fenómeno contemporáneo en los procesos de modernización estatal es la consistente búsqueda de mejorar las posibilidades de

(*) Abogado por la Universidad San Martín de Porres. Catedrático en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en los Post-títulos de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima (Diplomado Gestión Pública) y en la Universidad San Ignacio de Loyola (Diplomado de Formación Práctica en Contratación Pública), en la UPC (a cargo de Curso de Proceso Contencioso Administrativo en la Maestría de Derecho Procesal) y ex Catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Gestión Pública, Contratación Estatal y Concesiones. Socio de Estudio Echecopar Abogados.

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores



participación ciudadana en diversos aspectos de la gestión pública. Antes de ello, simplemente prevalecía la idea de una administración centralizada, autocrática y autosuficiente, y, se concebía una ciudadanía como una pasiva receptora del servicio público y, solo sujeto a la acción administrativa, participando defensivamente para proteger sus intereses y derechos individuales por medio de sus peticiones, solicitudes y reclamos.

El desarrollo de la participación en diversos aspectos de la gestión administrativa es considerada como una tendencia universal que resulta indispensable para alcanzar una Administración Pública más transparente y predecible, aumentar la confianza de la ciudadanía en las decisiones públicas al haber sido tomada en cuenta para identificar y resolver los asuntos que se perciben con de su mayor preocupación y transmitirle abiertamente el mensaje que es fuente útil para aportar a las entidades sus intereses, necesidades y aspiraciones vivenciales. La idea de incremento de la legitimidad del accionar público con base a la participación ciudadana va de la mano con la necesidad

de propiciar el activismo y la movilidad ciudadana en aspectos de interés colectivo determinados o difusos (servicios públicos, regulación administrativa, medioambiente, consumidores, etcétera).

Por ello, la participación ciudadana permite al gestor gubernamental conocer directamente el punto de vista, las preocupaciones, valores, prioridades y sugerencias de los ciudadanos que están relacionados con algún proyecto o actividad pública; mejorar y legitimar socialmente sus propuestas de decisiones (normas, proyectos, inversiones, tarifas, licencias, etc.), aprovechar de mejor manera el conocimiento local y vivencial de la ciudadanía; someter a prueba previamente su propuesta de decisión ante todos los interesados; minimizar, al anticiparse a, los conflictos potenciales que conlleven sus decisiones, a ahorrar tiempo y mejorar la propuesta de decisiones al introducir tempranamente ajustes e incorporar aportes provenientes de los diversos intereses particulares en juego. De este modo, una bien conducida participación ciudadana en la toma de decisiones administrativa, permite superar a la Administración Pública tradicional que solo intuye los intereses y querer ciudadanos, que fundamenta sus decisiones en lo que creen sus propios funcionarios que es interés público (confundiéndolo muchas veces con el interés de la institución), que adopta decisiones luego cuestionadas posteriormente por los diversos componentes sociales por inoportunas, antitécnicas o inconvenientes, o que constantemente modifica o altera sus opciones.

En suma, la participación ciudadana nos pone dentro de un nuevo modo de administrar el interés público mejorando la percepción de la población respecto de la institución estatal.

Con absoluta corrección Muñoz Machado afirma que la expansión del fenómeno



Juan Carlos Morón Urbina

de la participación en asuntos administrativos no solo ha desbordado el ámbito político que era su espacio primigenio, sino que además refleja una crisis de legitimación de la Administración Pública contemporánea. Antes, a la autoridad le bastaba legitimar su acción gubernamental mediante su apego a la ley y en la búsqueda permanente de aquello que califica como interés público. Pero puesta en crisis la legitimidad de la autoridad legislativa que es quien establece -merced al principio de legalidad- la finalidad de los órganos administrativos, sus instrumentos, sus competencias y límites, esa crisis de legitimidad se ha proyectado hacia la gestión pública quien ya no será capaz de seguir a cargo del monopolio de la definición del interés público. De ahora en adelante "(...) el ciudadano ya no se conforma con elegir a sus representantes, confiarles los asuntos y desentenderse tanto de la acción política como de la gestión administrativa, sino que además quiere seguir actuando paralelamente a sus representantes parlamentarios y agentes de la Administración Pública y mantener un control constante, no limitado al momento de las elecciones, sobre los mismos"⁽¹⁾.

De este modo, los diversos caminos de la participación ciudadana pretenden "(...) complementar las decaídas formas de legitimación externa imponiendo una presencia viva y cualificada de los intereses comunitarios en el interior de la propia estructura administrativa eliminando la radical contraposición anterior entre Estado y sociedad"⁽²⁾.

No podemos dejar de advertir un sesgo de idealización de la participación ciudadana al considerar que *per se* significa la incorporación de valores democráticos en la gestión pública, tales como: legitimación, transparencia⁽³⁾, control ciudadano,

eficacia administrativa, etc. Si bien se logra con esta participación dar mejores condiciones para la incorporación de estos valores, consideramos que no necesariamente son condición suficiente para ellos, ni menos sinónimos. Por ejemplo, podemos tener una Administración Pública con amplios elementos de participación ciudadana pero sin ser necesariamente transparente y, así mismo, podemos tener una Administración Pública transparente, pero sin llegar a incorporar elementos de participación ciudadana. El acceso a los documentos e informaciones que obran en las entidades, la publicidad de las normas, actas y documentos de gestión pública, el deber de dar información sobre las políticas y acciones gubernamentales, las facilidades para comprender las decisiones públicas, la identificación del nombre de las autoridades públicas, entre otros, hacen una gestión transparente. Pero teniendo esos elementos no tenemos una gestión pública participativa.

En esta orientación, han ido apareciendo modos confluentes para incluir en los procesos gubernativos distintos mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública. Clásica e ilustrativa de este desarrollo es la tipología que nos presenta García de Enterría⁽⁴⁾ de participación ciudadana a través de la inserción de ciudadanos, en su

(1) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 84. 1977. pp. 519-536.

(2) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Op. cit.*; p. 532.

(3) La Transparencia como principio:

Artículo III

Medidas preventivas:

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

(...)

11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

(4) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa*. En: *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, 1989. p. 437 y ss.

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

condición de tales, representando y aportando sus intereses o determinadas capacidades en órganos de control, propuesta o asesoramiento dentro de la Administración (participación orgánica), la participación desde fuera de la Administración, colaborando en el desarrollo de las funciones administrativas aportando informaciones, propuestas coadyuvantes a las decisiones en aras del bienestar general (participación funcional).

Si bien la participación ciudadana comprende una serie de instrumentos que permiten a la sociedad tomar parte o compartir un rol en un proceso decisorial gubernamental, es posible distinguir desde la perspectiva del papel que le corresponde a la ciudadanía entre la participación funcional que permite influenciar en la toma de decisiones, de aquella en que la participación funcional permite decidir en asuntos públicos. En la primera, se reconoce a la ciudadanía su capacidad de influenciar en la formulación de decisiones que son adoptadas por los funcionarios gubernamentales. La participación en la toma de decisiones, por el contrario, es una expresión de la participación política que le permite adoptar decisiones de manera decisiva en la opción a adoptarse⁽⁵⁾.

Sin lugar a dudas, la participación funcional es aquella que tiene mayor desarrollo y variedad dado que sin hacerse parte del órgano que toma la decisión, interviene en cualquiera de los distintos procesos decisoriales que se sigue en la gestión pública. En este caso, el ciudadano no es un invitado a observar el proceso, sino que se involucra con su opinión en el proceso decisorio, pero en ningún momento para desplazar a la Administración en la toma de la decisión, sino para influir en ella. Mediante este tipo de participaciones se busca expresar la pluralidad de puntos de vista, la plenitud de fundamento fáctico que debe tener la autoridad para decidir y también evidenciar, abordar y dar un tratamiento los conflictos de intereses existentes en torno al tema objeto de la decisión de la Administración. Son ejemplos de esta participación funcional las audiencias públicas, los sometimientos de

documentos o proyectos de disposiciones a consulta pública, las encuestas, entre otras.

2. Actualidad de la exigencia de participación en la producción de normas reglamentarias y regulaciones de alcance general: El régimen general de consulta ciudadana en el procedimiento reglamentario

La exigencia de publicar los proyectos de disposiciones reglamentarias no tiene solo base en el interés interno de cada Estado, ya que ha cobrado un nuevo impulso a partir de exigencias internacionales que los Estados ha debido de asumir y, por ende cumplir, anticipando la difusión de sus proyectos regulatorios con incidencia en el libre comercio de bienes y servicios. Tal es el efecto que los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio poseen cuando exigen que en caso se pretenda dictar algún reglamento técnico que pueda tener efecto significativo en el comercio de otros Estados miembros debe ser anunciado mediante un aviso público en un momento convenientemente anterior, de modo que pueda llegar a conocimiento de las partes interesadas y de los demás miembros para que dentro de un plazo prudencial formulen sus observaciones por escrito y mantengan conversaciones sobre las mismas si así se les solicita, debiendo finalmente tomar en cuenta dichas observaciones escritas y sus resultados en los proyectos finales de la regulación⁽⁶⁾.

(5) REYES PÉREZ ALBERDI, María. *Los derechos de participación en los estatutos de autonomía reformados recientemente*. En: *Revista de Derecho Político*. Número 73. Setiembre-Diciembre 2008. pp. 181-205.

(6) Decreto Supremo 149-2005-EF, modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo 068-2007-EF del 08 junio 2007: "Artículo 7.- Transparencia.

Mediante Resolución Ministerial del sector correspondiente, los proyectos de Reglamentos Técnicos y las medidas adoptadas que afecten el comercio de bienes y servicios deberán publicarse en el Diario Oficial El Peruano o en la página Web del sector que los elabore. Tratándose de publicación en la página Web, la Resolución Ministerial deberá indicar obligatoriamente el



Juan Carlos Morón Urbina

Del mismo modo, los compromisos internacionales bilaterales en materia de libre comercio que la República ha venido asumiendo voluntariamente poseen el mismo efecto. Es así que, por ejemplo, los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos⁽⁷⁾ y el Acuerdo de Libre Comercio con Chile⁽⁸⁾ consideran como medidas de transparencia, el que “en la medida de lo posible, cada Parte deba publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar”.

De este modo, la exigencia de prepublicar normas reglamentarias ya no solo es una obligación interna de la autoridad, sino un compromiso internacional exigible por otros países.

2.1. El período de información pública para la aprobación de normas reglamentarias en la Ley 27444

Una de las modalidades de participación funcional de la colectividad consiste en la necesidad de someter los proyectos

de normas, reglamentos o disposiciones de alcance general a los comentarios o aportes no vinculantes o incluso a los cuestionamientos del público en general, con el objeto de considerarlos en la preparación de la versión final de la norma a ser aprobada. De este modo, nos encontramos frente a la elaboración participativa de normas administrativas que permite habilitar formalmente un espacio institucional en el procedimiento de generación de la norma para convocar, mediante la publicación del proyecto de reglamento y su respectiva exposición de motivos, a la expresión de opiniones y propuestas por parte de los ciudadanos en general.

Nos encontramos frente a un trámite práctico y más conveniente que la incierta convocatoria

vínculo electrónico correspondiente. El proyecto de Reglamento Técnico deberá permanecer en el vínculo electrónico por lo menos 90 días calendario, contados desde la publicación de la Resolución Ministerial del sector correspondiente en el Diario Oficial El Peruano.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se realizará sin perjuicio de la notificación prevista a la OMC y a la CAN, las cuales son competencias del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

El plazo entre la publicación en el Diario Oficial El Peruano del Reglamento Técnico definitivo así como las medidas adoptadas que afecten al comercio de servicios, y su entrada en vigencia, no será inferior a seis (6) meses, salvo cuando no sea factible cumplir los objetivos legítimos perseguidos”.

(7) Tratado de Libre Comercio PERU-EE.UU.

Capítulo Diecinueve: Transparencia

Sección A: Transparencia

“Artículo 19.2: Publicación

1. Cada Parte se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos, y resoluciones administrativas de aplicación general referentes a cualquier asunto comprendido en este Acuerdo, se publiquen prontamente o de otra forma sean puestos a disposición para conocimiento de las personas y Partes interesadas.

2. En la medida de lo posible, cada Parte deberá:

a) publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar; y

b) brindar a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas”.

(8) Acuerdo de Libre Comercio Perú -Chile, suscrito el 22 de agosto de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo 057-2006-RE publicado el 26 de agosto de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

“Artículo 14.2: Publicidad

1. Cada Parte garantizará que sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Acuerdo, se publiquen sin demora o se pongan a disposición de manera tal de permitir que las personas interesadas y la otra Parte tengan conocimiento de ellos.

2. En la medida de lo posible, cada Parte:

a) publicará por adelantado cualquier medida a la que alude el párrafo 1, que se proponga adoptar; y

b) brindará a las personas interesadas y a la otra Parte oportunidad razonable para comentar sobre las medidas propuestas”.

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

individual a los interesados indeterminados a criterio de la autoridad. Por ello, se afirma que “desde el punto de vista de la eficacia la información pública es un modo práctico y efectivo de permitir a los ciudadanos su participación en la adopción de disposiciones de carácter general, ya que frente a las dificultades de la Administración para hacer un llamamiento individual o singularizado a todos los posibles afectados por una disposición de carácter general, la información pública se presenta como una fórmula más sencilla y eficaz para dar a conocer la tramitación y el contenido de una determinada disposición de carácter reglamentario que la Administración se propone aprobar⁽⁹⁾. Su conveniencia radica en que no obstante garantizar el conocimiento generalizado de estos extremos por estar dirigida a todos los ciudadanos, “(...) no excluye la posibilidad de realizar alegaciones por los ciudadanos afectados que se personen en el procedimiento. Así pues, el trámite de información pública es una forma de instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones a los efectos de que sirvan como fuente de información de la Administración para garantizar el acierto y oportunidad de la norma que se vaya a adoptar, pero al mismo tiempo supone establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos que puedan verse afectados⁽¹⁰⁾”.

Conforme a este sentido, el procedimiento de generación del reglamento (procedimiento reglamentario) queda compuesto de las siguientes etapas sucesivas:

- a) Elaboración de un anteproyecto de norma reglamentaria por la institución con competencia sobre la materia que aborda.
- b) La convocatoria a la ciudadanía y la difusión del anteproyecto.
- c) La recepción de comentarios, aportes, sugerencias o cuestionamientos.

- d) La compilación y análisis de los aportes ciudadanos.
- e) Preparación de un informe final conteniendo la posición de la entidad sobre los comentarios, sugerencias o cuestionamientos recibidos, identificando cómo la redacción final del proyecto de norma reglamentaria ha quedado influenciada por los aportes recibidos.
- f) Aprobación de la norma reglamentaria o archivamiento del proyecto.

En nuestro país, esta forma de participación apareció de manera general silenciosamente en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General como uno de los supuestos en que es exigible el periodo de información pública. En efecto, hasta la vigencia de esta norma, la facultad reglamentaria de la Administración era una atribución de ejercicio típicamente unilateral⁽¹¹⁾. Es decir, las propias autoridades gubernativas definían cuándo aprobar una reglamento, qué contenido asignarle y el sentido que tendrían sus preceptos, siempre debiendo respetar el objetivo de lograr la mejor ejecución de la norma legal sin desnaturalizarla ni transgredirla. Fue recién con la aprobación de la Ley 27444 que, consagrando la tesis de la Administración abierta, en contraposición a la Administración cerrada, autoritaria y unilateral construida durante el clasicismo administrativo, se exigía publicar los proyectos de reglamento.

(9) GARCIA GARCIA, María. *La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria*. En: *Revista Catalana de Derecho Público*. Número 37. Diciembre 2008. p. 441.

(10) *Ibid.*; p. 441.

(11) Una primera propuesta pública conteniendo esta participación en las decisiones normativas de la Administración Pública estuvo contenida en el denominado “Anteproyecto de Ley de Democratizaciones de las decisiones de gobierno” preparado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) y publicado como Separata Especial del Diario Oficial El Peruano del 28 de febrero de 1990. En este documento se propuso la publicación de los proyectos de normas por las entidades del Gobierno Central (Artículos 92 y ss.), y de Gobiernos Regionales y Locales (Artículo 104 y ss.), la convocatoria a audiencias públicas para debatirlas y la petición pública de comentarios, críticas, sugerencias o alternativas a la iniciativa regulatoria y finalmente la aprobación de la norma con una descripción fundamentada y resumida de las razones por las cuales se adoptaron o no los cuestionamientos o sugerencias recibidas.



Juan Carlos Morón Urbina

En esa Ley fue aprobada la exigencia imperativa, bajo sanción de nulidad, de abrir un período no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles para recibir -por los medios más amplios posibles- las manifestaciones de terceros no comparecientes ante la Administración, sobre las normas administrativas que afecten sus derechos e intereses, como requisito previo antes de aprobarlas⁽¹²⁾.

Cabe advertir que este periodo de información pública en este caso dista de todos los demás supuestos de aplicación contemplados en el mismo artículo, en la medida que se le extiende al procedimiento para el ejercicio de la función normativa y no la ejecutiva de la Administración, lo cual le dota de algunas particularidades. En todos los demás supuestos de aplicación comprendidos en este artículo el período de información pública está concebido como un mecanismo en favor de la propia autoridad para obtener información útil para la instrucción de determinados procedimientos (por ejemplo, licencias, permisos, registros) en los que se aprecia que la apertura permitiría obtener información relevante -que no existe en el expediente y no es accesible a la autoridad- para resolver lo más apegado posible a la verdad material. Aquí, es un instrumento a favor de la participación ciudadana para aportar cuando la autoridad pretenda aprobar normas administrativas que afecten -positiva o negativamente- derechos o intereses de la ciudadanía. La mención a esta afectación, no debe hacer pensar que estamos frente a un caso de consulta restringida solo a aquellos afectados real o potencialmente por la norma reglamentaria, sino que solo es una mención para enfatizar el tipo de norma que debe ser objeto de esta formalidad, exceptuando a las normas reglamentarias internas o similares que no tienen posibilidad alguna de afectar derechos o intereses ciudadanía.

Este mandato de apertura fue complementado en el procedimiento reglamentario del Gobierno Nacional mediante la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo aprobada por la Ley 29158 (artículo 13) cuando, regulando el procedimiento reglamentario, dispuso que la convocatoria para esta participación sería por intermedio del portal electrónico institucional. En efecto, esta norma indica que "(...) los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, *cuando así lo requiera la Ley*".

Como se puede apreciar de la lectura concordada de ambas normas las autoridades tienen el deber preceptivo y no meramente discrecional u optativo de convocar a la ciudadanía previamente a la aprobación de una norma administrativa que afecte algún derecho o interés para recibir, evaluar y ponderar sus comentarios y aportes al anteproyecto. Si bien la frase final del artículo 13 de la Ley 29158 parece sujetar a otras leyes la especificación del tipo de norma que será objeto de esta consulta, no debemos olvidar que según el artículo 185 de la Ley 27444 ya está indicado que esta fase es indispensable cuando se trata de normas que afecten derechos e intereses ciudadanos. Lo dicho no excluye que en ámbitos específicos del quehacer administrativo las normas

(12) Ley 27444

"Artículo 185.- Período de información pública

185.1 Cuando sea materia de decisión de la autoridad, cualquier aspecto de interés general distinto a los previstos en el artículo anterior donde se aprecie objetivamente que la participación de terceros no determinados pueda coadyuvar a la comprobación de cualquier estado, información o de alguna exigencia legal no evidenciada en el expediente por la autoridad, el instructor abre un período no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles para recibir -por los medios más amplios posibles- sus manifestaciones sobre el asunto, antes de resolver el procedimiento.

185.2 El período de información pública corresponde ser convocado particularmente antes de *aprobar normas administrativas que afecten derechos e intereses ciudadanos*, o para resolver acerca del otorgamiento de licencias o autorizaciones para ejercer actividades de interés general, y para designar funcionarios en cargos principales de las entidades, o incluso tratándose de cualquier cargo cuando se exija como condición expresa poseer conducta intachable o cualquier circunstancia análoga.

185.3 La convocatoria, desarrollo y consecuencias del período de información pública se sigue en lo no previsto en este Capítulo, en lo aplicable, por las normas de audiencia pública". (Énfasis agregado).

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

sectoriales particularicen otros supuestos temáticos en los que deba haber esta apertura al debate ciudadano, como sucede en materia de banca, sistema financiero, seguros y administración de fondos de pensiones⁽¹³⁾.

2.2. El régimen del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, Proyectos Normativos

Con posterioridad, el propio Poder Ejecutivo ha aprobado el “Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General”⁽¹⁴⁾ en el que se han desarrollado aspectos procedimentales de esta consulta de proyectos de reglamentos con alcance general para todas las autoridades

administrativas⁽¹⁵⁾. Los temas que aborda son los medios de publicación del proyecto, los requisitos mínimos de la convocatoria, el plazo de exposición del proyecto y, unas excepciones al deber de someter a consulta los proyectos de disposiciones regulatorias.

Ha establecido que la publicación de los proyectos de normas por parte de cualquiera de las autoridades administrativas debe realizarse en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, maximizando así, los medios de difusión

-
- (13) Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702. Disposiciones finales y complementarias.
Trigésima Segunda: 155
La Superintendencia, en la medida de lo practicable:
a) Publicará por anticipado cualquier regulación de aplicación general relativa a materias de la presente ley; así como el propósito de dichas regulaciones.
b) Brindará a las personas interesadas una oportunidad razonable para hacer comentarios a dichas regulaciones propuestas;
c) Al adoptar regulaciones definitivas, considerará comentarios sustantivos recibidos de los interesados con respecto a las regulaciones propuestas; y,
d) Dejará transcurrir un plazo razonable entre la publicación de las regulaciones definitivas y su entrada en vigencia.
La reglamentación referida a los artículos 133, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 212 y 233 debe prepublicarse por un período mínimo de noventa (90) días calendario antes de su publicación definitiva.
- (14) Aprobado mediante Decreto Supremo 001-2009-JUS
“Artículo 14.- Difusión de los proyectos de normas legales de carácter general
1.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2, las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Dichas entidades permitirán que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas.
2.- La publicación de los proyectos de normas de carácter general deben incluir:
2.1. Referencia a la entidad pública bajo la cual se propone el proyecto de norma;
2.2. El documento que contiene el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra;
2.3. Plazo para la recepción de los comentarios;
2.4. Persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios.
3.- Se exceptúa de la aplicación del presente artículo:
3.1. Las normas y decisiones elaboradas por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, así como los Decretos de Urgencia y los Decretos Legislativos.
3.2. Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la pre-publicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público.
- (15) Esta norma regula el régimen de publicación de normas reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Organismos Públicos Descentralizados, Organismos Reguladores, Organismos Autónomos Constitucionales, siendo una norma de aplicación supletoria para aquellas entidades o materiales en las que exista norma especial sobre este tema (por ejemplo, Organismos Reguladores).



Juan Carlos Morón Urbina

previstos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que solo se refería a los portales institucionales, con ello, se amplía las posibilidades de conocimiento y participación de los ciudadanos en la consulta. En nuestra opinión, tratándose de una exigencia de publicación de alcance general y no solamente de dar publicidad al proyecto, no podría resultar admisible como medio, difundirlo a través de paneles institucionales o periódicos murales o enviarlo a determinadas personas previamente calificados por la autoridad como interesados en el proyecto.

Este reglamento también indica como elementos mínimos que deberá tener la convocatoria a la participación de los interesados: (i) La referencia a la entidad pública que propone el proyecto de norma; (ii) el documento que contiene el proyecto de norma y la exposición de motivos, así como una descripción de los temas que involucra; (iii) el plazo para la recepción de los comentarios; y, (iv) la persona dentro de la entidad pública encargada de recibir los comentarios.

El plazo para recibir los aportes serán no menores de treinta días calendario antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales. Con ello se tiene una regla general de treinta días entre la publicación del proyecto y el término para que los ciudadanos aporten a la propuesta, y por otro lado, un período excepcionalmente menor en casos que hayan circunstancias que lo hagan aconsejable (por ejemplo, perentoriedad de regular la situación), pero aún en este caso, no podría ser menor de los cinco días calendario a que se refiere el artículo 13 de la Ley 29158.

Ahora bien, un tema que el Reglamento aborda es la inclusión de tres excepciones al deber de someter a consulta los proyectos de normas reglamentarias sin que ni la Ley 27444 o la Ley 29158 hayan realizado mención expresa a situaciones apartadas de la regla de la prepublicación de disposiciones reglamentarias. Nos referimos a la parte 3 del artículo 14, cuyo texto es el siguiente:

“3.- Se exceptúa de la aplicación del presente artículo:

3.2. Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público. (...).”

Como se puede apreciar, la norma ha incluido tres cualidades para que la autoridad administrativa se dispense válidamente del deber de publicar normas reglamentarias, basándose en que la prepublicación de la propuesta sea impracticable, sea innecesaria o, incluso, si se considera que sea contraria a la seguridad o al interés público.

De este modo, la propia autoridad ejecutiva se ha otorgado, sin que la ley expresamente se lo autorizara, un ámbito de discrecionalidad para dejar de lado su deber de publicar proyectos de normas reglamentarias y someterlos a la ciudadanía, bastando que considere -y así lo motive en la respectiva norma- que esta acción no pueda ser practicada, devenga en innecesaria o aprecie que pudiera contrariar la seguridad jurídica o al interés público.

Si bien en el derecho comparado el deber de publicitar proyectos de regulaciones admite excepciones⁽¹⁴⁾, esto no se condice con la regla general incluida en la Ley 27444, ni, en lo que se refiere a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

(14) Por ejemplo, cuando existan razones de emergencia o urgencia que sean incompatibles como la demora que implica el procedimiento participativo de formación de reglamento y no cuando se pretexe razones técnicas para no practicarla, cuando por tratarse de temas menores, con nulo impacto sobre el público o en la que exista ausencia de discrecionalidad por parte de la autoridad, no resulte relevante transitar el procedimiento antes señalado.

Por ejemplo, la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General en España exceptúa de este trámite las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades del Gobierno, así como las disposiciones orgánicas de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella, salvo que se refieran precisamente a la participación de la ciudadanía en las funciones de la Administración.

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

2.3. La publicación anticipada de propuestas regulatorias por los organismos reguladores

Indudablemente en el ámbito de la regulación económica la exigencia de elaborar de modo participativo las normas reglamentarias ha sido consagrada como un elemento caracterizador del sesgo participativo de la actividad de los organismos reguladores⁽¹⁵⁾.

Como sabemos, una de las exigencias legales impuestas al quehacer de los organismos reguladores ha sido transparentar el ejercicio de sus funciones, para lo cual deben satisfacer diversos mecanismos que permitan el acceso a la

información administrada o producida por ellos y la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones (por ejemplo, Representantes ante el Consejo Directivo y en los Consejos de Usuarios), en la evaluación del desempeño de dichos organismos y cumplir con los diversos procedimientos de consulta pública en temas como la dación de regulación, el de fijación tarifaria, entre otros⁽¹⁶⁾.

En este contexto, la validez del ejercicio de la función normativa de OSITRAN⁽¹⁷⁾,

(15) Sobre el carácter participativo de la función de los organismos reguladores puede revisarse PEREZ HUALDE, Alejandro y otros. *Servicios Públicos y Organismos de control*. Lexis Nexis, 2006 y CASSAGNE, Juan Carlos. *La participación pública en el control de los servicios público*. En: *Revista de Administración Pública*. Número 250.

(16) Reglamento de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por la Ley 28337 aprobado por Decreto Supremo 042-2005-PCM.

“Artículo 1.- Transparencia en el ejercicio de las funciones de los Organismos Reguladores. En el ejercicio de las funciones a que se refiere el Artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, los Organismos Reguladores velarán por la adecuada transparencia en el desarrollo de sus funciones, estableciendo mecanismos que permitan (i) el acceso de los ciudadanos a la información administrada o producida por ellos; y, (ii) la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y en la evaluación del desempeño de dichos organismos”.

Para este efecto, los Organismos Reguladores se sujetan a las disposiciones sobre transparencia y procedimientos de consulta pública establecidas en las leyes y reglamentos de transparencia y fijación tarifaria, en sus respectivos reglamentos generales y en las normas complementarias emitidas por cada Organismo Regulador.

(17) Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN Decreto Supremo 044-2006-PCM

“Artículo 7.- Principio de Transparencia. Toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles. Las decisiones del OSITRAN serán debidamente motivadas y las decisiones normativas y/o regulatorias serán publicadas antes de su entrada en vigencia para recibir comentarios y sugerencias de los interesados. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia no pueden quedar sujetas al procedimiento de la publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados”.

(...)

“Artículo 26.- Participación de los interesados. Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y regulaciones de alcance general que dicte el OSITRAN, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el Diario Oficial El Peruano o en algún otro medio que garantice una debida difusión, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados, los mismos que no tendrán carácter vinculante, ni darán lugar al inicio de un procedimiento administrativo.

La mencionada publicación deberá contener lo siguiente:

a) El texto de la disposición que se propone expedir.

b) Una Exposición de Motivos.

c) El plazo dentro del cual se recibirán los comentarios escritos al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios y la respectiva audiencia no podrá ser menor de quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación.

Se exceptúan de la presente norma las disposiciones consideradas de urgencia, las que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción.



Juan Carlos Morón Urbina

OSIPTEL⁽¹⁸⁾, OSINERG⁽¹⁹⁾, y SUNASS⁽²⁰⁾ para aprobar reglamentos, directivas y normas de carácter general | aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las empresas prestadoras o actividades

- (18) Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL Decreto Supremo 008-2001-PCM
"Artículo 7.- Principio de Transparencia.- Toda decisión de cualquier órgano funcional del OSIPTEL deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones del OSIPTEL serán debidamente motivadas y los proyectos de decisiones normativas y/o regulatorias serán además previamente publicadas para recibir opiniones del público en general. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia o necesidad, el Consejo Directivo determine que no queden sujetas al procedimiento de publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados."
(...)
"Artículo 27.- Participación de los interesados.- Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción.
OSIPTEL tiene facultad discrecional para decidir respecto de la incorporación de las sugerencias recibidas. La presentación de sugerencias no tiene carácter vinculante, ni da inicio a un procedimiento administrativo.
La mencionada publicación deberá contener lo siguiente:
a) El texto completo del Reglamento, Norma y/o Regulación, que se propone expedir.
b) Una Exposición de Motivos.
c) El plazo dentro del cual se recibirán las sugerencias o comentarios escritos al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios y la respectiva audiencia, cuando corresponda, no podrá ser menor de quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación o de la convocatoria".
- (19) Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM
"Artículo 8.- Principio de Transparencia.- Toda decisión de cualquier órgano de OSINERG deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones de OSINERG serán debidamente motivadas y las disposiciones normativas a que hubiere lugar deberán ser prepublicadas para recibir opiniones del público en general. Se excluye de la obligación de prepublicación las disposiciones de carácter regulatorio sujetas a procedimientos especiales de aprobación según la normatividad vigente y aquellas que por su urgencia no puedan quedar sujetas a dicho procedimiento. De ser pertinente se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones".
(...)
"Artículo 25.- Transparencia en el Ejercicio de la Función Normativa.- Constituye requisito para la aprobación de los reglamentos y normas de alcance general que dicte OSINERG, dentro de su ámbito de competencia, que sus respectivos proyectos hayan sido prepublicados en el Diario Oficial El Peruano, con el fin de recibir los comentarios de los interesados, los mismos que no tendrán carácter vinculante ni darán lugar al inicio de un procedimiento administrativo.
La mencionada publicación deberá contener lo siguiente:
a. El texto del reglamento o norma que se propone expedir.
b. Una exposición de motivos.
c. El plazo dentro del cual se recibirán los comentarios y sugerencias por escrito al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios y la respectiva audiencia, cuando corresponda, no podrá ser menor de quince (15) días calendario, contados desde la fecha de publicación de la convocatoria.
Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción. Asimismo, se excluye de esta obligación las decisiones relacionadas con la fijación de tarifas de energía sujetas a procedimientos especiales, de acuerdo a la normatividad vigente".
- (20) Reglamento General de la SUNASS aprobado por Decreto Supremo 017-2001-PCM

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

bajo su ámbito o, de sus usuarios, e incluso de mandatos y otras disposiciones de carácter particular requiere, con algunos matices, cumplir con el sometimiento a consulta ante la ciudadanía de los proyectos a ser aprobadas dentro de su ámbito sectorial de regulación.

Conforme a estas disposiciones, todas las decisiones normativas y regulatorias de alcance general deben ser publicadas en el diario oficial u otro medio que garantice su difusión, antes de su entrada en vigencia para recibir comentarios y sugerencias de los interesados, e incluso, si se estimara necesario, de manera complementaria a este período de información pública pueden convocarse audiencias públicas presenciales para recibir directamente las opiniones de los administrados. Dicha exigencia regulatoria alcanza incluso a los reglamentos que pudieran preparar los propios concesionarios sobre los derechos y obligaciones de usuarios del servicio, previa a su aprobación por el regulador⁽²¹⁾.

Nótese que la apertura no está limitada a quienes poseen o demuestran un interés legítimo o un derecho concernido por la concreta materia a normarse, sino que solo exige contar con algún interés, cualquiera que este sea, por lo que se incluye como posibles comentaristas, cuestionadores o aportantes al proyecto tanto los interesados legítimos como a los que poseen un interés general. Ello no desconoce que por su propia esencia, este trámite servirá como mecanismo para instar su pronunciamiento -individual o grupal- sobre todo a los interesados y afectados en sus derechos, pero no excluirá a todo aquel que se sienta interesado en el tema. En este orden de ideas, podrán particular con sus aportes las empresas concesionarias -tanto la directamente concernida por la norma como

“Artículo 5.- Principio de Transparencia. Toda decisión de cualquier Organo de la SUNASS deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones de la SUNASS serán debidamente motivadas y las decisiones normativas y/o reguladoras serán prepublicadas para recibir opiniones del público en general. De ser pertinente se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados. Se excluye de esta obligación aquellas disposiciones que por su urgencia o necesidad no puedan quedar sujetas al procedimiento de prepublicación”.

(...)

“Artículo 23.- Participación de los interesados. Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, directivas, normas de alcance general y regulaciones que dicte SUNASS, el que sus respectivos proyectos hayan sido prepublicados en el Diario Oficial El Peruano, con el fin de recibir los comentarios de los interesados.

La mencionada prepublicación deberá contener lo siguiente:

a) El texto de la disposición que se propone expedir.

b) Una Exposición de Motivos.

c) El plazo dentro del cual se recibirán los comentarios escritos al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios y la respectiva audiencia no podrá ser menor de quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación.

Se exceptúan de la presente norma los Reglamentos, directivas, normas de alcance general y regulaciones consideradas de urgencia, los que deberán en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción.

La presentación de sugerencias no tiene carácter vinculante, ni da inicio a un procedimiento administrativo.

- (21) Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado por Resolución 014-2003-CD-OSITRAN

“Artículo 47.- Difusión del Proyecto de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.

La Resolución que apruebe la difusión del Proyecto de Reglamento de Acceso o su propuesta de modificación serán publicados en el diario oficial “El Peruano” por cuenta del Regulador. Tanto la Resolución aprobatoria como el contenido del Proyecto de Reglamento o su propuesta de modificación deberán ser difundidos a través de la página web de OSITRAN y en el de la Entidad Prestadora, desde el día siguiente de la publicación de la Resolución en el diario oficial El Peruano.

El plazo para que los Usuarios Intermedios puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el proyecto presentado por la Entidad Prestadora o su modificatoria es de quince (15) días contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la Resolución aprobatoria en el Diario Oficial El Peruano”.



Juan Carlos Morón Urbina

otras-, los usuarios del servicio, terceros no atendidos en la cobertura de servicios, asociaciones de grupos de intereses, organismos no gubernamentales, entre otros.

La convocatoria debe contener la siguiente información básica: el texto de la disposición que se propone expedir, su Exposición de Motivos y el plazo dentro del cual se recibirán los comentarios escritos al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes, la misma que no puede ser menor a quince días calendario contados desde la fecha de publicación.

Si bien tales comentarios y sugerencias no tienen carácter vinculante para la autoridad regulatoria ni dan lugar a un procedimiento administrativo formal, se afirma que la autoridad reguladora posee facultad discrecional -mas no arbitraria- para valorarlas y decidir sobre su incorporación o desestimación al proyecto definitivo de las sugerencias recibidas.

Las únicas decisiones que se admiten como excluidas de esta disposición, son las que por su urgencia no pueden quedar sujetas al procedimiento de la publicación previa.

3. Contribuciones de la participación de los interesados en la función normativa de los organismos reguladores

Como no podía ser de otro modo, el sometimiento a consulta previa del proyecto de regulación participa de los propósitos que persigue la participación ciudadana en asuntos públicos que ya habíamos adelantado antes. Sin embargo, esta modalidad de participación funcional tiene además algunas intenciones particularmente relevantes para la regulación económica con la que contribuyen a su credibilidad y sostenibilidad, como son: mejorar la calidad de la regulación a aprobarse, proteger los intereses de los operadores, concesionarios y usuarios del servicios potencial o realmente afectados por la regulación a aprobarse, brindar legitimación democrática a la regulación misma y dar seguridad jurídica a los partícipes de la actividad

regulada sobre las innovaciones o variaciones regulatorias (Énfasis agregado).

Un primer aspecto que la participación de los interesados mediante la consulta de los proyectos regulatorios es la ostensible “*mejora de la calidad de la norma*”, entendida como la posibilidad de acrecentar el grado de acierto sobre la oportunidad, el sentido y la comprensión de la regulación por sus destinatarios. Como bien se expresa en la doctrina, “(...) el conocimiento especializado de la agencia y su peritaje muchas veces son insuficientes para proveer toda la información necesaria para llevar a cabo el proceso de reglamentación. Es incuestionable que personas afectadas por las actuaciones administrativas a menudo se encuentran en mejor posición para proveer la información específica necesaria para la adopción de reglas prácticas e inteligentes. Por tanto es necesario la participación pública para la realización de un gobierno sabio”⁽²²⁾.

A través de la consulta del proyecto, la autoridad regulatoria tiene la ocasión de estar en contacto inmediato y de nutrirse, de manera abierta y general con la exposición de todos los intereses, visiones y perspectivas que existen sobre la propuesta que proyecta aprobar. De este modo, la expresión de los interesados por medio de las consultas, críticas y alternativas permite a las agencias “(...) asegurarse que se funda en una adecuada consideración de todos los datos e información relevante y, por ende, que constituye la expresión de una decisión inteligente”⁽²³⁾.

Nótese que cuando las empresas concesionarias, otros operadores o los usuarios del servicio participan de manera

(22) FERNANDEZ QUIÑONES, Demetrio. *Derecho Administrativo y Ley Uniforme de Procedimientos Administrativos*. Colombia: Editorial Forum, 1993. pp. 128-9.

(23) LAVILLA RUBICAM, Juan José. *Op. cit.*; p. 100.

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

crítica sobre la propuesta, fundan sus posiciones no solo en lo que consideran que es la legalidad de la propuesta, sino también su oportunidad, en su conveniencia e incluso sobre la forma en que esta planteada su redacción. Lo cual hace más rico este aporte a la autoridad instructora. Por su parte, el organismo regulador tiene la oportunidad de revisar todos los estos factores antes de aprobar el proyecto definitivo y así mejorar la legalidad, certeza y oportunidad de los preceptos a aprobar.

Un segundo aspecto digno de resaltar es “la mayor legitimación democrática que alcanza la norma” sometida a consulta pública que aquella que es aprobada únicamente con la apreciación y perspectiva del grupo de funcionarios a cargo del análisis de la problemática del servicio y de la redacción de la propuesta. Esta consulta pública también permite un proceso de comunicación nada desdeñable entre los operadores, los usuarios y las propias autoridades que propician entre los interesados negociaciones o acuerdos para aproximarse hacia la autorregulación de la materia.

Este mecanismo procesal indudablemente propicia condiciones para alcanzar un mayor consenso entre los intereses de cada uno de los grupos participantes en el mercado regulado. Afirmamos que la participación ciudadana propicia el consenso y no que ineludiblemente forma el consenso sobre la decisión a adoptarse, porque siempre la responsabilidad de dotar de contenido a la norma estará en cabeza de la autoridad y ella elegirá lo que juzgue legal y más adecuado técnicamente a sus propósitos. Si bien es deseable que el contenido de la norma final corresponda con los puntos de acuerdo a que las partes pudieran arribar durante el dialogo abierto, de modo que aspiremos a una “normativa de consenso”, ello no es forzoso. Lo que sucede es que este procedimiento permite primero transparentar y luego debatir las posiciones e intereses de operadores y usuarios, formalizando e institucionalizando la vía para que estas interactúen, y, permitiendo a la autoridad controlar la controversia mediante la decisión que entienda la pueda solucionar o cuando menos controlar los extremos mas indeseables para todas las partes⁽²⁴⁾.

De este modo, mediante la participación se tiende a disminuir las discusiones posteriores sobre el contenido de las

disposiciones regulatorias y favorece que sean consensualmente aceptables.

Respecto de las empresas operadoras de servicios públicos y los usuarios de los mismos, la participación en la consulta de los proyectos normativos les permite “proteger mejor sus intereses particulares potencialmente afectados por la regulación a dictarse y restringir los aspectos arbitrarios que pudieran contener”. Ello es así, porque la participación abierta obliga a las autoridades regulatorias a valorar y pronunciarse sobre todos los intereses existentes en el colectivo sobre el proyecto de norma y no solo los intereses que ellas consideran públicos, los que provienen de los que tienen mayor cercanía al poder o sobre los intereses que ellos mismos puedan representar. En suma, la consulta pública limita la captura de la función normativa del regulador por alguno de los interesados en el proceso regulatorio.

Cierto es que por su naturaleza de disposiciones generales y abstractas, los reglamentos no suelen afectar de modo directo e inmediato los intereses de los particulares, sino que debieran ser los actos de aplicación concretos los que conducen a esta afectación. Por ello, es que propiamente la consulta ciudadana no está calificada para formar parte del debido procedimiento administrativo en los supuestos comunes de emisión de reglamentos. Pero en el caso concreto, dado que las materias de la regulación de servicios públicos y los usuarios y empresas operadoras se encuentran perfectamente delimitadas en cada caso y determinados, la regulación posee un grado de inmediatez y concreción específica que hace exigible la consulta pública como un verdadero componente del debido procedimiento para los usuarios y empresas operadoras.

(24) VARELLA BRUNA, Sergio. *Agencias Reguladoras: Poder normativo, consulta pública y revisión judicial*. Sao Paulo: Editorial dos Tribunales, 2003. p. 186.



Juan Carlos Morón Urbina

Finalmente, la consulta de los proyectos de disposición regulatorias hace que se “fortalezca la predictibilidad de las empresas y usuarios del servicio público” sobre la función normativa de los organismos reguladores porque pueden anticiparse a cualquier innovación o cambio normativo que pretendan realizar los organismos reguladores.

Como es evidente la seguridad jurídica⁽²⁵⁾ que es vital para las inversiones y para el fomento de la confianza de largo plazo, se ve fortalecida si la función normativa del regulador siempre debe ejercerse no de modo unilateral sino de modo participativo y abierto al escrutinio y debate con los interesados directos. No podemos dejar de apreciar que esta necesaria seguridad jurídica constituye un principio de actuación de los organismos reguladores que les obliga a ser predecibles en sus conductas y, a la vez, un derecho subjetivo, de los usuarios y operadores que supone la expectativa razonable que sus márgenes de actuación, respaldados por el derecho, no serán arbitrariamente desconocidos o modificados mediante disposiciones regulatorias sorpresivas.

Aquí tenemos que la consulta de los proyectos regulatorios da certeza al mercado de que cualquier innovación o cambio regulatorio no podrá producirse de modo sorpresiva, sin convocar su participación y sin considerar suficientemente sus posiciones, antes de aprobar la norma finalmente. Los organismos reguladores tienen la potestad para mejorar, variar, actualizar y perfeccionar según su criterio, la regulación existente del mercado a su cargo, sin que las empresas y usuarios puedan desarrollar la expectativa que las normas vigentes permanezcan así por toda la vida. Pero la autoridad lo debe hacer convocando la participación de los involucrados por las normas y valorando suficientemente sus opiniones.

Como podrá apreciarse, este procedimiento de consulta de los proyectos de regulación no tiene como propósito lograr consentimientos de los usuarios, operadores o terceros, ni llegar a acuerdos sobre el contenido o la oportunidad de la aprobación de la norma. Estos propósitos son propios de

otros tipos de consultas participativas sobre regulación, como la consulta a pueblos indígenas que cualitativa y teleológicamente diferentes⁽²⁶⁾. En estas consultas la finalidad primordial es buscar a través de la comunicación, la formación del consenso de buena fe entre las partes hasta llegar a acuerdos

4. La estructura del periodo de consulta de las propuestas normativas.- Los deberes particulares del organismo regulador

La formación de una disposición regulatoria atraviesa sucesivamente los momentos de preparación, instrucción y aprobación e integración de la norma. La inclusión de una fase participativa en el momento instrucción externo conforma un aspecto transcendental en el procedimiento para la preparación de los reglamentos (procedimiento reglamentario) dando lugar a una serie de pasos formales que conforman el debido proceso de los operadores y usuarios del servicio.

Los seis momentos por lo que atravesaría necesariamente ese procedimiento participativo serían: (i) Elaboración de un anteproyecto de norma reglamentaria; (ii) la convocatoria y difusión del anteproyecto ante la ciudadanía; (iii) la recepción de comentarios, aportes, sugerencias o cuestionamientos; (iv) la compilación y análisis de los aportes ciudadanos; (v) la preparación de un informe final conteniendo la posición de la entidad sobre los comentarios, sugerencias o cuestionamientos recibidos, identificando

(25) La seguridad jurídica ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al Estado de Derecho implícito en la Constitución. Véase Sentencia 016-2002-AI/TC sobre Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley 27755, Artículo 7, y la Sentencia 001-003 /2003-AI/TC sobre Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley 27755.

(26) Respecto a la naturaleza, propósito y contenido de este derecho dentro del sistema jurídico nacional pueden revisarse las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 0022-2009-AI, 05427-2009-AC, y 4187-2009-PHC/TC (Voto singular, Magistrado Landa).

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

cómo la redacción final del proyecto de norma reglamentaria ha quedado influenciada por los aportes recibidos; y, (vi) la aprobación de la norma reglamentaria o la terminación del procedimiento sin norma aprobada. Veamos cada uno de esos momentos:

4.1. Elaboración de un anteproyecto de norma regulatoria

El primero momento es en el cual el organismo regulador del servicio público respectivo en cumplimiento de la ley o por iniciativa propia prepara el proyecto de regulación que considera necesario aprobar. La práctica hace que el procedimiento se inicia con la formación de un expediente por parte de la autoridad interesada en proponer la medida regulatoria, en el que harán constar los antecedentes, estudios e informes previos que hayan considerado pertinentes para garantizar la legalidad y necesidad de aprobar la regulación, la exposición de motivos del mismo y que deberá luego someter a la decisión del órgano titular de la potestad reglamentaria. Luego se incorporarán progresivamente a ese expediente las constancias de cada una de actuaciones realizadas en las etapas del procedimiento de consulta de la norma.

En este momento, cada entidad tiene la posibilidad de diseñar el proyecto de disposición regulatoria de carácter general de la manera que atienda el fin público encomendado debiendo atender a que su única limitación -de base constitucional- es no desnaturalizar o contradecir el marco jurídico y legal que pretende reglamentar.

4.2. La convocatoria y la difusión del anteproyecto

Una vez concluida la preparación del proyecto de regulación debe procederse a aprobar el texto final y disponer en el mismo acto, la publicación del proyecto de norma de carácter general en un medio de difusión masiva y su exposición de motivos alternativamente en el Diario Oficial El Peruano, en sus portales electrónicos o mediante cualquier otro medio con una anticipación no menor de quince (15) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia. El documento a someterse a difusión será un proyecto concluido y no solo una versión preliminar del mismo para permitir una mayor eficacia al aporte ciudadano. Tampoco se lograría el mismo efecto, si la entidad se limitara a publicitar la existencia de un determinado proyecto de regulación, invitar a que los interesados los recaben en determinada sede y disponer que se les entreguen ejemplares a quienes acudan a dichas

oficinas. Aquí no se difunde el proyecto normativo mismo sino solo se hace un anuncio de su existencia y traslada al ciudadano la carga de su obtención física.

La convocatoria debe contener la siguiente información básica: el texto de la disposición que se propone expedir, su Exposición de Motivos, el señalamiento del plazo perentorio dentro del cual se recibirán los comentarios escritos al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes, la misma que no puede ser menor a quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación. Además, la convocatoria resulta conveniente especificar la entidad pública que propone el proyecto de norma, el órgano o la persona a cargo de recibir los aportes ciudadanos, el lugar donde se puede tomar vista del expediente y de los fundamentos de la propuesta (estudios técnicos o legales que la fundamentan, además de la exposición de motivos ya publicada).

Es importante tener en cuenta que en nuestro ordenamiento no se considera la consulta corporativa o institucional sino la consulta ciudadana o abierta. De ahí que esta convocatoria no puede dirigirse solo a algunas instituciones o personas, sino que debe corresponder a un criterio de apertura ciudadana a todos los que se sientan interesados en el tema. Por lo que la consulta no puede ser sustituida por el pedido de opinión a algunos operadores del mercado o a personas representativas de los usuarios del servicio. Sin embargo, resulta saludable realizar la consulta institucional como un mecanismo adicional a la consulta abierta de modo que se propenda a mejorar la representatividad de los participantes incentivando el activismo en quienes tienen intereses particulares sobre la propuesta.



Juan Carlos Morón Urbina

Si estas condiciones se cumplen, el organismo regulador esta respetando el derecho de los usuarios y empresas concesionarias a ser consultadas sobre la regulación de su sector económico.

¿Qué sucede con la norma regulatoria que es aprobada sin pasar por el período de información pública? En nuestro sistema indudablemente estaremos ante una regulación atacada de ilegalidad trascendente en el procedimiento de generación, y por ende, pasible de pretenderse su nulidad mediante el proceso de acción popular. Ello se desprende del artículo 185.3 concordado con el artículo 183.4 de la Ley 27444, que hace extensivo a la omisión del trámite de información pública idénticas consecuencias que la inobservancia de la convocatoria a audiencia pública. Por ende, no cabe considerar otras interpretaciones producidas en otros ordenamientos que pretendan salvar la situación como se han dado en el derecho comparado ⁽²⁷⁾.

4.3. La recepción y registro de los aportes no vinculantes por parte de los interesados

El objetivo de esta apertura se logra cuando aquellos que se consideren interesados en el tema consultado presentan a la autoridad sus aportes. Decimos que los aportes provienen de todo aquel que se considere interesado por que no se trata de acreditar alguna legitimidad o derecho subjetivo afectado por la normativa propuesta para poder particular, sino por el contrario, toda persona física o jurídica, pública o privada, aun cuando invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse puede aportar.

Dichos aportes pueden ser críticas a la legalidad, a la oportunidad o conveniencia de la medida propuesta o sugerencias para tratamiento adecuado. Pueden también ser comentarios favorables a la propuesta, pero planteando mejoras a forma o contenido de la medidas (por ejemplo, aspectos de técnica legislativa).

La normativa sobre este tema se ha cuidado de afirmar que “(...) los comentarios y sugerencias de los interesados (...) no tendrán carácter vinculante, ni darán lugar al inicio de un procedimiento administrativo”. Con ello se esta pretendiendo indicar que estos planteamientos no califican como un ejercicio de un derecho de petición administrativa, sino que se trata de comentarios ciudadanos que no obligan -por su contenido- a quien los recibe a decidir conforme a ellos ni demanda una respuesta individualizada a cada comentarista. Son opiniones consultivas que los ciudadanos plantean ante la autoridad convocante. Como bien estableció la Ley 27444 (artículo 184), respecto de la audiencia pública pero aplicable al período de consulta pública, “(...) las informaciones y opiniones manifestadas durante la audiencia pública, son registradas sin generar debate, y poseen carácter consultivo y no vinculante para la entidad”, pero además “(...) la autoridad instructora debe explicitar, en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación”.

No obstante, como veremos luego, la autoridad si tiene determinadas obligaciones de análisis respecto a estas propuestas o aportes.

4.4. La compilación y el análisis de los aportes ciudadanos

Indudablemente la parte fundamental del proceso es el aprovechamiento por parte del organismo regulador de la información,

(27) La más comunes posiciones tolerantes con la omisión de la audiencia se han basado en: considerar que dicho incumplimiento sería un supuesto de irregularidad formal no invalidante o de conservación del reglamento al por cuanto la decisión normativa de la autoridad siempre hubiese sido la misma aun con la convocatoria de la consulta pública atrayendo al procedimiento reglamentario la figura de la conservación de vicios intrascendentes propia del acto administrativo y la de reputar dicha situación como un vicio tolerable salvo que se demuestre que la omisión ha derivado en un daño real y apreciable para quien reclamaba la necesidad del período de consulta pública. Un muy buen resumen de estas posiciones decantados en la doctrina española lo podemos encontrar en: RODRIGUEZ PORTUGUES, Manuel Ángel. *La participación de los consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos. Estudios sobre Consumo*. Número 70. 2004. pp. 45- 76. En: <http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/2004/EC70/home.htm>.

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

comentarios, críticas, sugerencias y demás que los interesados han aportado a través de la consulta. No es admisible que dentro de esta apertura los usuarios o las empresas concesionarias intenten ejercer vetos o descalificaciones a las propuestas regulatorias, incluso si hubiera acuerdo entre ellas para esta acción. Como la atribución regulatoria la sigue manteniendo el organismo, a él le corresponde adoptar la decisión debidamente informada y motivada sin mayor vinculación que su mérito a lo que las partes aporten.

Por ello, concluido el plazo para recibir opiniones y propuestas, la autoridad responsable debe dejar constancia en el expediente acerca de la cantidad de opiniones recibidas y elaborar una matriz de comentarios o una memoria final consolidándolos, analizando de manera técnica y legal su posición respecto de cada uno de ellos, y, en su consecuencia, establecer las razones por las cuales van a ser recogidos o no, y en el primer caso, la forma en que serán acogidos en la propuesta final. Es interesante tener en cuenta que en este proceso, la autoridad conformara según su entender aquella decisión que sea acorde con el interés público en ese momento a partir de las posiciones de los diversos actores de la regulación económica y no solo de aquellos impactados negativamente con la regulación.

4.5. La preparación de un informe final conteniendo la posición de la entidad sobre los aportes

Como consecuencia de lo anterior, la autoridad regulatoria debe preparar su informe final identificando cómo la redacción final del proyecto de regulación ha quedado influenciada por los aportes recibidos. Si bien el organismo regulador tiene la "facultad discrecional para decidir respecto de la incorporación de las sugerencias recibidas"⁽²⁸⁾, ello no supone la capacidad para decidir de cualquier manera sobre los comentarios aportados. Proceder de esta forma sería desnaturalizar el sentido de la participación y privarse de la utilidad de la información aportada para la mejor regulación. Por el contrario, dicha capacidad discrecional significa la posibilidad de apreciar subjetivamente -según su propio criterio intelectual- el mérito y fundamentos de los comentarios, aportes y críticas recibidas en función del interés público comprometido en el caso, pero siempre dentro de los cánones de la ciencia jurídica y las demás disciplinas

técnicas que le informan. Para ello puede valorar circunstancias, ponderar intereses en controversia, la oportunidad de la medida propuesta, entre otros.

En ese sentido, la forma del ejercicio de dicha discrecionalidad debe quedar explicitada en la motivación de su decisión indicando de qué manera han sido tomados en cuenta las opiniones de la ciudadanía, o porque su mérito ha sido desestimado.

Precisamente la doctrina uniformemente considera que la ausencia de un análisis riguroso a los comentarios presentados por los interesados impregna de ilegalidad a la disposición regulatoria que así sea aprobada por la autoridad. Existe, pues, el deber de toda autoridad administrativa de realizar un análisis riguroso (*hard look review*) respecto de cada uno de los comentarios y observaciones recibidas de los interesados.

La satisfacción de ese deber funcional comprende obligatoriamente que los organismos reguladores deban cumplir y estar en posibilidades de acreditar que han cumplido previamente a la aprobación definitiva de la regulación con:

- a) La elaboración de un expediente interno con todos los aportes sistematizados.
- b) La preparación de respuestas fundamentadas cada uno de los comentarios recibidos y plasmarlos en algún documento.
- c) Haber fundamentado cada una de las elecciones adoptadas para dar un determinado contenido al reglamento, incluso haber valorado la opción de no dictar el reglamento y otras alternativas posibles -planteadas por los interesados- para alcanzar el mismo o similar propósito.

(28) Artículo 27 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo 008-2001-PCM.



Juan Carlos Morón Urbina

- d) Haber tomado suficientemente en consideración los estudios y documentos técnicos que se le hubieren proporcionado, entre otros aspectos.

Por ello, la doctrina llega a afirmar que es deber de las autoridades “acreditar, como condición de validez misma de la norma, que, antes de adoptar una decisión definitiva acerca de esta, consideraron detalladamente (...) las cuestiones suscitadas por los comentarios recibidos, especialmente, las alternativas al contenido del proyecto de norma en ellos propuestas”⁽²⁹⁾.

Aplicando la regla del examen riguroso a los comentarios de los interesados nos permite realizar un posterior control indirecto sobre la discrecionalidad adoptada al aprobar una norma regulatoria. De este modo, la autoridad judicial llamada a realizar el control posterior a la legalidad de la norma regulatoria queda facultada a verificar a partir del expediente del procedimiento de participación si la autoridad administrativa ha llevado o carecido de un examen riguroso sobre las decisiones adoptadas. Si no se aprecia haberse llevado a cabo un análisis riguroso, corresponde asumir que la decisión no es conforme a derecho, sin valorar el contenido dado a la norma reglamentaria⁽³⁰⁾.

4.6. La aprobación de la norma reglamentaria o la conclusión del procedimiento sin dación de regulación

Finalmente, como consecuencia de este procedimiento participativo de formulación de la regulación, la autoridad debe tomar la decisión de insistir en la necesidad de aprobar la regulación o declinar en su intención. Si estuviéramos en la primera de las opciones, ya queda dicho que el expediente debe acreditar la realización del examen riguroso sobre cada uno de los aportes recibidos por lo que debe dejarse constancia de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas al texto como consecuencia del mismo.

Por si alguna duda existiera es importante tener en cuenta la necesidad de correspondencia correlación, relación razonable o proporción entre el proyecto de norma sometido a consulta y la norma regulatoria aprobada finalmente. Si bien la autoridad debe mantener un mínimo de flexibilidad para aprobar el texto final, no puede regular finalmente un tema o materia sobre el cual guardó silencio en la versión publicada pues como se afirma en la doctrina “(...) la norma final es válida siempre que la correspondiente *Notice of Propose Rulemaking* (en adelante, NPR) alcance a proporcionar a los afectados una advertencia suficiente acerca de las cuestiones específicas que pueden ser reguladas por ella”⁽³¹⁾.

Se permitirá, de ese modo, verificar que se ha seguido correctamente el procedimiento establecido, que no existe arbitrariedad o irrazonabilidad en el acto dictado, y que el mismo tiene adecuado fundamento en las constancias obrantes en el expediente administrativo -por ejemplo, la propuesta sometida a consulta y las observaciones formuladas-, y que han evaluado, entonces, todas las circunstancias relevantes para decidir la cuestión planteada. Por ello, es unánimemente aceptado que “Entre el contenido del documento propuesto a debate, los comentarios recibidos y la resolución que se adopte debe existir un mínimo de congruencia”⁽³²⁾, bajo pena de aprobar una regulación inválida por arbitraria. En todo caso, si este caso se produce, ameritaría reiniciar el procedimiento de consulta⁽³³⁾.

(29) LAVILLA, RUBIRA, Juan José. *La participación en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. Madrid: Civitas. 1991. p. 129.

(30) Sobre esta regla puede revisarse GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. *El criterio jurisprudencial norteamericano del hard look y el control de la discrecionalidad administrativa (en el medio ambiente)*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 29. Número 2. 2002. pp. 417-422.

(31) LAVILLA RUBIRA, Juan José. *La participación en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. Madrid: Civitas. 1991. p. 126.

(32) HUICI, Héctor. *El Documento de Consulta como una forma especial de la Audiencia Pública*. En: *Procedimiento Administrativo*. Ciencias de la Administración, 1998. pp. 305 y ss.

(33) A propósito de este tema el Anteproyecto de Ley de Democratizaciones de las decisiones de gobierno preparado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) publicado como Separata Especial del diario oficial El Peruano del 28 febrero de 1990 consideraba la siguiente fórmula:

La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los Organismos Reguladores

Si algún principio debe caracterizar la actuación de los partícipes en la consulta y, en particular, el organismo regulador, es el de buena fe o de conducta procedimental. Si la convocatoria no tuviera la información exigible, si se difunde parcialmente la información, si el plazo no es suficiente en función de la complejidad del tema, si la información complementaria no fuere accesible o entendible, si se negara la recepción a los aportes presentados, si no se analizaran debidamente los comentarios y sugerencias, con miras a su aceptación o denegación, estaríamos en supuestos de infracción a dicho principio.

5. Conclusiones

- a) La apertura a la participación de usuarios y operadores de los servicios públicos ha sido y es una de las características esenciales del funcionamiento de los organismos reguladores en nuestro país. Por ello, han coexistido diversos modos de participación orgánica y funcional, entre las cuales destaca el sometimiento a consulta de los proyectos de regulaciones que desean aprobar estos organismos.
- b) Durante los últimos años esta publicación anticipada de proyectos de regulación y su sometimiento a consulta han servido para mejorar la calidad de la regulación a aprobarse, dar oportunidad de protección a los intereses de los operadores, concesionarios y usuarios del servicios potencial o realmente afectados por la regulación a aprobarse, brindar legitimación democrática a la regulación misma y dar seguridad jurídica a los partícipes de la actividad regulada sobre las innovaciones o variaciones regulatorias. Lo cual ha redundado en las escasas discusiones judiciales sobre la regulación aprobada por los organismos reguladores.
- c) El procedimiento regular de consulta previa esta compuesto por los siguientes pasos sucesivos:(i) La elaboración de un anteproyecto de norma reglamentaria; (ii) la convocatoria y difusión del anteproyecto ante la ciudadanía; (iii) la recepción de comentarios, aportes, sugerencias o cuestionamientos; (iv) la compilación y análisis de los aportes ciudadanos; (v) la preparación de un informe final conteniendo la posición de la entidad sobre los comentarios, sugerencias o cuestionamientos recibidos, identificando cómo la redacción final del proyecto de norma reglamentaria ha quedado influenciada por los aportes recibidos; y, (vi) la aprobación de la norma reglamentaria o la terminación del procedimiento sin norma aprobada. En todos ellos debe primar el principio de conducta procedimental y buena a todos los partícipes para facilitar su desarrollo eficiente.
- d) Si bien los aportes, comentarios, críticas o sugerencias recibidas no son vinculantes y el organismo ha sido dotado -conforme a derecho- de potestades discrecionales para apreciarlas, tiene a su cargo el deber de revisar exhaustivamente el mérito y fundamento de sus aciertos y desaciertos, y dejar plasmado como ha evaluado cada propuesta y el modo en que ha impactado en la regulación aprobada en el expediente del caso, en la exposición de motivos y en la motivación de la resolución.
- e) La aplicación supletoria que se haga del “Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de normas legales de carácter general” conlleva el riesgo de flexibilizar inconvenientemente esta exigencia participativa al considerar que no debe llevarse a cabo la consulta cuando el organismo regulador por sí y ante sí, argumente, al momento de aprobar la regulación, que la consulta de ese proyecto sea impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público.
- f) Las autoridades gubernamentales deben estar atentas a cuidar que en el ejercicio de esta estructura procedimental no aparezcan algunos de los problemas de la participación ciudadana: desigual información y comprensión de los proyectos regulatorios entre los diversos interesados, recorrer formalmente el procedimiento participativo sin advertir su utilidad real, frustrar las expectativas de los usuarios por no tener en cuenta sus aportes o recibir comentarios vacíos sobre sus sugerencias, etcétera.

“Artículo 90.- Si el texto final de la norma tuviese un contenido diferente en lo sustantivo al propuesto originalmente, la entidad que tuvo la iniciativa regulatoria deberá reiniciar el proceso de consulta a que se refieren los artículos 94 y ss.”