

8

Gobernanza transparente

La transparencia es uno de los elementos que fomenta la confianza, reduce los conflictos de interés y limita la posibilidad de que surjan nuevos conflictos sociales. Este capítulo cubre las prácticas y las estructuras organizacionales que el OEFA tiene con respecto al nombramiento de los funcionarios, los esquemas de financiamiento y su relación con otras instituciones, con el objetivo de incrementar la transparencia y la rendición de cuentas de la agencia. Además, esta sección incluye una evaluación de las estructuras y políticas de gobernanza instauradas y ofrece recomendaciones para seguir mejorando el desempeño del OEFA.

Las estructuras de gobernanza y las políticas de recursos humanos para el cumplimiento regulatorio deben de promover la transparencia, profesionalismo y la administración orientada en resultados. La ejecución del cumplimiento regulatorio debe ser independiente de la influencia política y los esfuerzos de promoción del cumplimiento deben de ser recompensados (OECD, 2014^[1]), (OECD, 2018^[2]).

La alta gerencia de las instituciones de promoción de cumplimiento y fiscalización debe ser nombrada de una manera transparente, basándose en la competencia profesional y minimizando la interferencia política. Los directores ejecutivos y otros gerentes ejecutivos a cargo de las estructuras de fiscalización y cumplimiento deben ser seleccionados por su competencia profesional, en específico como gerentes. Para tal fin, los procesos de selección y nombramiento deben ser transparentes, incluyendo criterios clave, publicidad abierta, un comité de selección equilibrado, en lugar de ser nombrados por un único funcionario político de alto nivel sin escrutinio para minimizar la interferencia política.

Las decisiones clave, los cambios en los procesos, los procedimientos y las estructuras deben requerir decisiones tomadas en un ambiente de igualdad y cooperación y/o el escrutinio externo, evitando la excesiva inestabilidad y un poder gerencial discrecional. El enfoque estratégico requiere que los directivos superiores tengan sólo poderes limitados para imponer cambios por sí mismos a las instituciones de fiscalización. Los cambios significativos deben requerir decisiones de un consejo cooperativo, preferentemente externo e independiente.

Se debe consultar a los actores interesados y deben estar representados en la gobernanza de las instituciones de fiscalización y cumplimiento, por ejemplo, a través de un consejo administrativo o una estructura similar. La consulta de los actores interesados debe ser la norma por lo menos para las decisiones estratégicas. Esto puede realizarse a través de consultas formales ad hoc y/o a través de representantes permanentes en una estructura de tipo concejal.

Las estructuras de fiscalización y cumplimiento deben tener misiones, facultades, procedimientos y mecanismos de financiamiento que excluyan, en el grado posible, conflictos de interés y metas contradictorias. Existen muchas formas en las que los mandatos y las misiones, o los mecanismos de financiamiento pueden crear conflictos de interés para la fiscalización y la promoción del cumplimiento. Por ejemplo, cuando el financiamiento está vinculado al número de fiscalizaciones, o cuando una agencia proporciona servicios pagaderos y competitivos y posee simultáneamente facultades de cumplimiento regulatorio, entre otras.

Las decisiones en todos los niveles deben tomarse basándose en criterios y procesos transparentes, para permitir la consistencia en las decisiones de promoción de cumplimiento y rendición de cuentas. El objetivo es no solo garantizar la consistencia entre los diferentes funcionarios, regiones, entre otros, sino también la rendición de cuentas.

Las decisiones estratégicas y los cambios deben continuar requiriendo la aprobación política del poder legislativo y ejecutivo. No obstante, las decisiones operativas deben tomarse “a un brazo de distancia” y estar protegidas de la interferencia política. Las decisiones estratégicas incluyen definir las metas y los objetivos de la institución, los indicadores de desempeño, el riesgo y las estrategias de cumplimiento, los documentos metodológicos, la estructura, la asignación de recursos de alto nivel, y las atribuciones del personal. Los poderes ejecutivo o legislativo de gobierno, según corresponda, deben aprobar estas últimas. Las decisiones operativas, que implementan estas decisiones estratégicas, se deben dejar estrictamente al personal profesional y a la gerencia, sin interferencia de titulares con cargos políticos o de otras partes.

Gerencia del OEFA

El OEFA está bajo el mando del Ministerio del Ambiente y se publican debidamente informes estadísticos trimestrales y anuales (OEFA, n.d.^[3]), (OEFA, n.d.^[4]). El Ministerio del Ambiente aprueba el Plan Nacional de Acción Ambiental y el Plan Estratégico Sectorial Multianual del Sector Ambiental y el OEFA es responsable de la elaboración del Plan Operativo Institucional y el Plan Estratégico Institucional de la agencia.

La legislación relevante y la reglamentación institucional (por ejemplo, Ley del SINEFA y el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA¹) prevén las reglas de nombramiento para la gerencia del OEFA. El presidente del Consejo Directivo es nombrado a través de una Resolución Suprema basándose en una propuesta del MINAM.² El nombramiento de la gerencia del OEFA debe realizarse de una forma transparente, basándose en la competencia profesional, tras una convocatoria de concurso público y minimizando la interferencia política. La dirección se nombra por resolución del Consejo de Administración, tras un proceso de contratación competitivo. En la práctica, los miembros a cargo de la dirección del OEFA; es decir, el Presidente y los miembros del Consejo Directivo, así como los directores, demuestran competencia, entendimiento de su misión y compromiso con la transformación de la institución.

El Consejo Directivo del OEFA aprueba de forma colegiada la política institucional, el plan estratégico, las reglas de supervisión y el cumplimiento de los procesos y el procedimiento (véase en particular el Art. 9 del Reglamento de Organización y Funciones) para evitar una inestabilidad excesiva y un poder discrecional de gestión.

Los actuales miembros del Consejo tienen una formación académica y de consultoría. Sin embargo, no existe ningún requisito legal para contar con representantes de los actores interesados de los sectores público y privado, la sociedad civil o la academia en la gobernanza del OEFA, como en la capacidad de los miembros de un órgano consultivo, diferente al Consejo. La consulta pública *ex ante* sobre las regulaciones preparadas por el OEFA se realiza conforme a lo previsto por el reglamento relevante (Art. 21ff del Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública, Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales³). En 2018, al parecer se recibía regularmente retroalimentación sobre los borradores de regulaciones por parte del sector privado, la sociedad civil y el público en general (78 comentarios en un total de 8 borradores, basándose en los datos proporcionados por el OEFA). Como se mencionó en el Capítulo 4 sobre Enfoque de riesgo y proporcionalidad, todos los actos legales, regulaciones e instrumentos preparados y adoptados por el OEFA son para el público para la consulta *ex ante*. La publicación en línea suele ir seguida de reuniones de los Comentaristas. Las respuestas a los comentarios se encuentran públicamente disponibles a través de la matriz de comentarios publicada en línea.

La participación sistemática con los grupos de actores interesados en la gobernanza del OEFA – incluso solo en una capacidad asesora – además de la consulta *ex ante* sería benéfica. De hecho, esto sería un paso importante hacia la construcción de la confianza entre los diferentes actores, lo que aseguraría que sus necesidades y sus puntos de vista son escuchados y considerados (no solo al redactar un borrador, sino durante las operaciones regulares de la agencia) e incrementar en general la transparencia e independencia de la institución y del sistema de promoción de cumplimiento ambiental más ampliamente.

Medidas para evitar conflictos de intereses y metas contradictorias

La consolidación gradual y la transferencia de funciones en el OEFA como la principal autoridad de fiscalización y cumplimiento a cargo de proteger el medio ambiente y como órgano regulador de todo el sistema refleja la voluntad política para evitar facultades y misiones contradictorias entre diferentes instituciones públicas a cargo de la misma área regulatoria.

Uno de los objetivos establecidos del proceso de reforma es también separar las facultades certificadoras del propio sector regulatorio (es decir, ambiental) de las facultades de fiscalización y cumplimiento. En este sentido, las facultades certificadoras permanecerán en los ministerios y el OEFA consolidará los esfuerzos de fiscalización y cumplimiento. Aunque varios países han perseguido reformas similares, no hay pruebas sólidas de que esta separación sea beneficiosa desde el punto de vista de la eficiencia. Podría ser posiblemente benéfico en casos particulares, cuando las licencias son estrictamente generadoras de ingresos (por ejemplo, concesiones mineras), y existiría un riesgo de propósitos contradictorios entre las licencias (ganancias) y las fiscalizaciones (seguridad, protección ambiental). En muchos casos, dividir las certificaciones y las fiscalizaciones ha conducido a una mayor fragmentación, reducido la disponibilidad de las competencias profesionales en la etapa de certificación y dificultado más el intercambio y la gestión de información. La institución a cargo de las fiscalizaciones de seguridad puede emitir licencias enfocadas en la seguridad, ya que los procesos se encuentran alineados y no están en conflicto.

Por lo tanto, el objetivo de separar las certificaciones de las fiscalizaciones no se ve reflejado en la Guía de la OCDE para el Cumplimiento Regulatorio y las Inspecciones (OECD, 2018^[2]), ni en los criterios de este Estudio. Más bien, el equipo de revisión observó que las certificaciones ambientales y los permisos parecen seguir siendo demasiado generalizados, lo que probablemente contribuye a una alta carga administrativa e informalidad (véase el Capítulo 3 sobre Selectividad).

El OEFA recibe fondos del presupuesto asignado por el gobierno y del Aporte por Regulación pagado por las empresas que operan en los sectores de la energía y la minería, lo que representa aproximadamente el 80% de los recursos, según el OEFA⁴. La tarifa correspondiente se calcula a través de una metodología transparente y publicada aprobada por los Decretos Supremos No 096 y 097-2016-PCM⁵ y sobre la base del volumen de negocios mensual del ente regulado, una vez deducidos los impuestos pertinentes (en particular el Impuesto sobre las ventas generales). El pago es digital.

Adicionalmente, el OEFA está parcialmente financiado por las multas impuestas (hasta aproximadamente el 7% de su presupuesto total, como lo informa el OEFA). La Ley de SINEFA, Art. 27.c establece este mecanismo. La experiencia internacional ha demostrado que el uso de multas para financiar a las instituciones de promoción de cumplimiento genera fuertes incentivos perversos. Esto aplica incluso cuando las multas solo representan una parte menor de los recursos financieros totales. Primero, esta metodología no garantiza un financiamiento estable a largo plazo, debido a que el volumen de ingresos recolectados de las multas no es (y no debe ser) predecible.⁶ Segundo, incentiva a la institución a encontrar tantas violaciones como sea posible y a imponer multas en todos los casos, con lo que por consiguiente contradice los objetivos de proporcionalidad de riesgo y promoción de cumplimiento. Por lo contrario, si se maximiza el cumplimiento, las violaciones caerán - y si las sanciones son proporcionales al riesgo, las multas no se pondrán en todos los casos.

El OEFA argumenta que la gestión funcional y administrativa de la institución se ha diseñado para garantizar que dichos incentivos perversos no ocurran en la práctica; es decir, las decisiones de primera instancia pueden ser revisadas por tres niveles de tribunales independientes y que la tasa de decisiones confirmadas por el poder judicial sea arriba del 90%. No obstante, la experiencia internacional sugiere firmemente que esta práctica no es apropiada y que debería utilizarse otra fuente de financiamiento, para evitar ese sesgo en los incentivos. Esta recomendación no solo aplica al OEFA, sino a cualquier otra autoridad de fiscalización y cumplimiento en Perú.

En el lado positivo, el OEFA parece beneficiarse del apoyo a largo plazo del gobierno, lo que se traduce en una asignación presupuestaria adecuada y por lo general estable. Sin embargo, esto puede no ser necesariamente verdadero para todas las EFA.

El OEFA ha estado desarrollando procesos, guías y criterios para garantizar la consistencia e independencia de la interferencia política en la planeación y las operaciones, por ejemplo, el PLANEFA y las guías correspondientes, las regulaciones y guías sobre fiscalizaciones, la metodología para calcular las multas, entre otras.

No obstante, existen varias áreas de potencial mejoría:

- Los criterios que desencadenan fiscalizaciones “especiales” basándose en las solicitudes de otras autoridades podrían aclararse aún más, ya que podría producirse una interferencia en las decisiones operativas del OEFA.
- Es necesario mejorar los criterios de priorización y el análisis de los datos, a fin de promover la planificación basada en los datos y reducir la influencia de la prominencia política de las quejas.
- Si bien existe un procedimiento bien establecido para que las empresas informen de las emergencias, sigue siendo incierto el proceso de evaluación posterior para decidir si es necesaria una fiscalización “especial”. Además, los informes sobre las emergencias pueden proceder de otras fuentes, y los procedimientos de presentación de informes pertinentes suelen ser poco claros. Se notificaron casos en los que en realidad no hubo una verdadera emergencia, mientras que el personal ya fue enviado al lugar por falta de una evaluación previa adecuada. La existencia de criterios claros y específicos para evaluar las emergencias podría ayudar a evitar o reducir esos casos. Esto también ayudaría a limitar el riesgo de una excesiva discreción ejecutiva en esta materia

Evaluación

Las estructuras de gobernanza y los procesos de toma de decisiones estratégicas del OEFA respaldan la transparencia y la rendición de cuentas. Sin embargo, el OEFA podría beneficiarse de incluir sistemáticamente representantes de diferentes grupos de actores interesados (sector privado, sociedad civil, entre otros) en la gobernanza de la agencia, en particular cuando se trata de discutir las prioridades estratégicas y las transformaciones.

Aunque el financiamiento del OEFA proviene principalmente del presupuesto gubernamental y de las contribuciones regulatorias de compañías en sectores regulados específicos, todos los otros mecanismos de financiamiento deben excluir los conflictos de interés e incentivos. Resulta preferible evitar utilizar las multas como una fuente de financiamiento.

El OEFA ha desplegado esfuerzos significativos para desarrollar procesos, métodos y criterios para obtener consistencia e independencia de las decisiones operativas. Debe continuarse con estos esfuerzos. En particular, los mecanismos para inspecciones “especiales” deben volverse más transparentes.

Recomendaciones

- Considerar la participación de los actores interesados en la gobernanza del OEFA. Esto sería un importante paso adelante para la construcción de la confianza entre diferentes actores, al garantizar que sus necesidades y puntos de vista se están escuchando y considerando, y al incremento en general de la transparencia e independencia de la influencia política de la institución y del sistema de promoción de cumplimiento ambiental más ampliamente. Entre las opciones que podrían considerarse figuran la inclusión de un representante, fortalecer la participación de los actores interesados en la elaboración de los instrumentos regulatorios y solicitar la retroalimentación sobre los informes públicos.

- Lo ideal sería que las multas se excluyeran como fuente de financiamiento para evitar cualquier sesgo en los incentivos del organismo. El Gobierno del Perú podría considerar la posibilidad de retirar del marco legislativo la asignación de multas para financiar la agencia.
- Se debe desarrollar y utilizar un sistema de evaluación de las solicitudes de intervención de otras autoridades. Es importante considerar las reformas al marco legal, lo que obliga a desencadenar sistemáticamente una fiscalización frente a dichas solicitudes. Los criterios para ambos casos deben ser muy claros para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas.

Referencias

- OECD (2018), *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit*, OECD Publishing, Paris, [2]
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264303959-en>.
- OECD (2014), *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for [1]
 Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264208117-en>.
- OEFA (n.d.), *Memoria Institucional OEFA 2018*, [4]
<https://www.oefa.gob.pe/publicaciones/memoria-institucional-oefa-2018> (accessed on 14 October 2019).
- OEFA (n.d.), *OEFA en cifras*, <https://www.oefa.gob.pe/publicaciones/oefa-en-cifras> (accessed [3]
 on 15 October 2019).

Notas

¹ *Reglamento de Organización y Funciones del OEFA*, aprobado por el Decreto Supremo No. 013-2017-MINAM, http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=26390.

² Existen actualmente tres miembros en el Consejo Directivo del OEFA, además de su Presidente (véase: <https://www.gob.pe/institucion/oefa/funcionarios>). Sin embargo, la legislación y la reglamentación relevante estipularán un miembro adicional del Consejo, también nombrado basándose en una propuesta del MINAM.

³ Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta Ciudadana en Asuntos Ambientales, aprobado por el Decreto Supremo No. 002-2009-MINAM, <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-supremo-n-002-2009-minam/>

⁴ Este mecanismo de financiamiento se establece en la ley (Ley No 30011, que enmienda la ley de SINEFA, <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/ley-n-30011/>).

⁵ Véase: <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-supremo-no-096-2016-pcm/>; y <http://www.minam.gob.pe/disposiciones/decreto-supremo-no-097-2016-pcm/>

⁶ Si esto se vuelve predecible, como se observa en algunos países, significa que la institución está estableciendo un “objetivo de multas” y que los fiscalizadores “encuentran” violaciones basándose en esto. Esta es una práctica contraria a los principios núcleo de promoción del cumplimiento y las fiscalizaciones promovidas por la OCDE.



From:
**Regulatory Enforcement and Inspections in the
Environmental Sector of Peru**

Access the complete publication at:

<https://doi.org/10.1787/54253639-en>

Please cite this chapter as:

OECD (2020), "Gobernanza transparente", in *Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/d262d2fc-es>

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE.

This document, as well as any data and map included herein, are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area. Extracts from publications may be subject to additional disclaimers, which are set out in the complete version of the publication, available at the link provided.

The use of this work, whether digital or print, is governed by the Terms and Conditions to be found at <http://www.oecd.org/termsandconditions>.