

Jesús Hernández: Déjà vu regulatorio

En los últimos tiempos hemos sido testigos de cómo el **Congreso de la República (CR)** ha venido aprobando leyes con poco debate técnico. La falta de lineamientos claros respecto a cómo analizar los proyectos de ley, una clara motivación política y la poca disposición a recibir y/o analizar los comentarios técnicos de los interesados, organismos especializados e incluso el Poder Ejecutivo son algunas de las causas de este problema que resulta ser más perjudicial que beneficioso.

Y es que los principales perjudicados son los agentes económicos, quienes ven vulnerados sus derechos fundamentales y se ven en la necesidad de recurrir al Poder Judicial para solicitar protección constitucional contra estas regulaciones “populistas”. Lamentablemente, este círculo vicioso se repite constantemente y parece que el CR así lo acepta. Para muestra, un botón.

El 2 de mayo de 2023, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa de los proyectos de ley N° 2942, 3131 y 3541, a través de los cuales se busca modificar el Código de Protección y Defensa del Consumidor con el fin de prohibir las llamadas y mensajes de texto con fines publicitarios. Esta iniciativa legislativa ha sido denominada por la opinión pública como la Ley Anti-SPAM.

Entre otras razones, el mencionado poder del Estado observó que no había un test de proporcionalidad y razonabilidad que sustentara la Ley Anti-SPAM, lo cual era necesario debido a

que se estaría afectando el derecho a la libertad de empresa de distintos agentes del mercado. A decir de la Asociación Peruana de Experiencia de Cliente (APEXO), la promulgación de la Ley Anti-SPAM causaría una reducción del 30% en la fuerza laboral de las empresas de centros de contacto y la pérdida de más de diez mil puestos de trabajo.

Al momento de escribir este artículo, la **Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso (CODECO)** ha aprobado por insistencia la Ley Anti-SPAM y pareciera que el pleno del CR hará lo mismo sin levantar las observaciones realizadas por el Poder Ejecutivo. Esto debido a que consideran, en sus propias palabras, que el derecho de los consumidores está por encima de cualquier otro.

Este problema de falta de proporcionalidad y razonabilidad, como adelantamos, no es nuevo. El antecedente más inmediato que tenemos es la promulgación por insistencia de la Ley N° 31207, Ley que garantiza la velocidad mínima de conexión a Internet de banda ancha y el monitoreo de la prestación del servicio de Internet a favor de los usuarios. Esta ley, como veremos a continuación, significó la imposición arbitraria de obligaciones de imposible cumplimiento que, posteriormente, fueron contrarrestadas por los juzgados constitucionales.

En efecto, al igual que la Ley Anti-SPAM, los proyectos de ley que llevaron a la Ley N° 31207 se justificaron en la protección de los derechos de los consumidores y la necesidad de mejorar la velocidad de Internet ofrecida por los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Para ello, se obligó a estos últimos a garantizar el 70% de la velocidad de Internet de banda ancha ofrecida a los usuarios y, además, asegurar parámetros técnicos específicos de carga y descarga.

A pesar de que el propio Osiptel se opuso a la promulgación de esta ley en dos informes, el CR no realizó un análisis del impacto que esta regulación podría tener en el mercado y los operadores. Tampoco se llevó a cabo un análisis de la situación actual de la infraestructura de telecomunicaciones y su viabilidad técnica para adaptarse a las medidas legislativas mencionadas. Mucho menos se analizó si las medidas limitaban constitucionalmente los derechos de los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Todos estos problemas fueron advertidos por el Poder Ejecutivo en sus observaciones a la autógrafa de la Ley N° 31207. En concreto, señaló que las medidas no eran efectivas para salvaguardar el derecho de los consumidores y limitaban desproporcionalmente el derecho a la libertad de empresa y contractual de los agentes económicos. Pese a lo anterior, el CR aprobó y promulgó por insistencia la Ley N° 31207 sin levantar las observaciones realizadas. Esto hizo que Entel y Telefónica del Perú interpusieran dos demandas de amparo a fin de salvaguardar sus derechos constitucionales.

Como resultado de la demanda interpuesta por Entel, el Poder Judicial, en primera instancia, declaró inconstitucional la Ley N° 31207 y sus medidas debido a que vulneraban el derecho a la libertad de empresa de las operadoras de telecomunicaciones al imponer obligaciones de imposible cumplimiento. Como dice la sentencia, «[p]or más que una ley ordene a un quelonio correr a 100 km por hora, ello será imposible si no se cuenta con las condiciones necesarias para ello (...).» Cabe resaltar que la demanda de amparo de Telefónica del Perú ha sido resuelta favorablemente recientemente y, dentro de sus considerandos, ha incluido gran

parte de los fundamentos de la sentencia de Entel.

Si bien el caso aún no está resuelto de forma definitiva, es un importante antecedente de cómo las regulaciones «populistas» son inconstitucionales y vulneran los derechos fundamentales. De ahí que consideremos necesario que el CR adopte voluntaria u obligatoriamente el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) en sus debates a fin de solucionar este problema y romper el círculo vicioso que hemos descrito al inicio.

El AIR es una herramienta metodológica que permite identificar las alternativas de solución idóneas para resolver los problemas que afectan a la sociedad. Su uso es recomendado e incluso exigido por los estándares regulatorios internacionales más altos y forma parte de las recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

La aplicación del AIR consta de cuatro componentes generales: (i) identificación del problema a resolver en la sociedad, lo cual implica conocer sus causas, alcance y contexto; (ii) determinación de los objetivos que se buscan alcanzar con la intervención estatal; (iii) identificación de las alternativas de solución al problema, lo que conlleva identificar alternativas regulatorias (normas) y no regulatorias (campañas de concientización, por ejemplo); y, finalmente, (iv) la aplicación del análisis costo-beneficio para elegir la alternativa idónea para solucionar el problema a menor costo.

Como es posible deducir, el AIR ayuda a la transparencia en el

proceso de aprobación de normas y además, provee información suficiente para elegir la solución más idónea y necesaria para resolver los problemas de la sociedad. Esto asegura la coherencia y armonía de la solución escogida con los derechos fundamentales de todos los agentes económicos en el mercado.

Actualmente, el AIR solo es exigible a las entidades que componen el Poder Ejecutivo, es decir, los ministerios y los órganos adscritos, pero no lo es para el CR. Por lo tanto, es necesario que dicho poder del Estado lo aplique voluntariamente o, en su defecto, se vea obligado a hacerlo mediante una disposición legislativa. El AIR, por ejemplo, hubiera contribuido a no promulgar la Ley N° 31207 o, su defecto, adecuarla a la realidad del mercado de telecomunicaciones.

En definitiva, el CR debe tomar consciencia que las regulaciones que expide requiere de un AIR para tener idoneidad técnica y no afectar los derechos fundamentales de los agentes económicos. La Ley Anti-SPAM no es la excepción y si bien ya fue aprobado por insistencia por la CODECO, es una valiosa oportunidad para corregir errores y aplicar voluntariamente el AIR. El no hacerlo es condenarnos a vivir un eterno déjã vu regulatorio y perpetuar un círculo vicioso negativo.