



11 temas urgentes para el país

Regulación

Regulación de servicios públicos

Roberto Luis Urrunaga Pasco-Font, José Luis Bonifaz Fernández y
Óscar Ponce de León Salas
Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO

Contenido

1. Autonomía de los organismos reguladores	3
1.1 Descripción del problema	3
1.2 Propuesta de política	5
1.3 Medidas concretas	6
2. Discrecionalidad de los reguladores en las revisiones de tarifas	8
2.1 Descripción del problema	8
2.2 Propuesta de política	9
2.3 Medidas concretas	11
3. Regulación sobre las empresas públicas	12
3.1 Descripción del problema	12
3.2 Propuesta de política	13
3.3 Medidas concretas	14

Agenda 2011 es una iniciativa del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico [CIUP] que busca mejorar la calidad del debate político e introducir en la agenda electoral propuestas, que deberán ejecutarse en el siguiente gobierno, sobre 11 temas urgentes para el país: Agua, Calidad de la Inversión Pública, Educación, Gestión de Desastres, Infraestructura y Transporte Urbano, Justicia, Política Macroeconómica, Políticas Sociales, Regulación, Salud y Sistema Financiero.

Los invitamos a discutir con nosotros y a ser parte de este esfuerzo de exigirle a nuestro futuro gobierno implementar las mejores políticas para avanzar hacia un Perú para todos los peruanos.

1. Autonomía de los organismos reguladores

Han transcurrido poco más de 15 años desde que se inició el proceso de privatización y concesión de infraestructura de los servicios públicos y, si bien hay avances significativos, también subsisten algunas dificultades que deben ser corregidas. Entre estas últimas, son particularmente relevantes las referidas al marco regulatorio, entre las que destacan los problemas de autonomía que enfrentan los organismos reguladores, las actuaciones, en algunos casos, poco previsibles de estas instituciones en los procesos de revisión de tarifas, y la poca eficacia en la regulación sobre las empresas que aun no han sido concesionadas. A continuación, se describe cada uno de estos inconvenientes y se plantean las propuestas de política y las principales medidas específicas para solucionar o, al menos, atenuar los problemas.

Los reguladores han debido enfrentar en varias oportunidades las iniciativas de diversos parlamentarios y de altos funcionarios del Poder Ejecutivo, que han puesto en peligro no solo su autonomía sino incluso su propia existencia.

1.1 Descripción del problema

Los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios

públicos [OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN Y SUNASS] cuentan, según Ley, con “autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera”¹. Sin embargo, a lo largo de su corta existencia, esta autonomía ha sido mellada en algunas oportunidades y amenazada en otras.

Por un lado, el manejo político ha interferido en la labor técnica y funcional de los reguladores cuando, por ejemplo, se dejaron sin efecto los procesos de acceso normados por OSITRAN para la provisión de los servicios de grúas y de la faja transportadora de minerales en el puerto del Callao, o cuando no se ejecutaron los ajustes tarifarios aprobados por SUNASS en varias empresas². Por otro lado, se afectó la autonomía financiera y funcional de los reguladores cuando estas instituciones fueron comprendidas dentro de las medidas de austeridad implementadas por el gobierno, a pesar de no depender del presupuesto público.

Adicionalmente, los reguladores han debido enfrentar en varias

1. Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos [en adelante, Ley Marco], Artículo 2.

2. Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos [en adelante, Ley Marco], Artículo 2. ciones [Sappington, 1994], particularmente a las empresas públicas. En todo caso, el problema de la regulación sobre las empresas públicas se aborda luego de manera independiente.

oportunidades las iniciativas de diversos parlamentarios y de altos funcionarios del Poder Ejecutivo, que han puesto en peligro no solo su autonomía sino incluso su propia existencia. Entre estas iniciativas pueden mencionarse las siguientes: creación de una Superintendencia de reguladores, recortes de la función normativa (infracciones y sanciones), unificación de los aportes recibidos por los reguladores en una caja única administrada por el Ministerio de Economía y Finanzas, reducción o terminación anticipada del mandato de los miembros del Consejo Directivo (CD), introducción de un representante de los usuarios en el CD, composición de los Consejos de Usuarios preestablecida por Ley y diversos proyectos para reestructurar algunos reguladores. Algunas de estas propuestas han sido recurrentes, lo que no solo ha distraído recursos de los reguladores en la defensa de sus fueros, sino que en algunos casos los ha desgastado e incentivado a preocuparse en exceso de las consecuencias políticas de sus acciones.

Se ha afectado la autonomía técnica de los reguladores al introducirse como nueva causal de remoción de los miembros del Consejo Directivo el incumplimiento injustificado de los plazos legales que retrasen las acciones bajo su ámbito.

También se ha afectado la autonomía técnica de los reguladores al introducirse como nueva causal de remoción de los miembros del CD el incumplimiento injustificado de los plazos legales que retrasen las acciones bajo su ámbito³. Los plazos con los que cuentan los reguladores para emitir opiniones son, en general, reducidos, y la mayor parte de los mismos son utilizados por las gerencias técnicas en la realización de los informes correspondientes. En este sentido, si se quiere blindar a los Directores de los reguladores, quienes requieren de un tiempo adecuado para discutir los informes técnicos que le son elevados, esta modificación normativa genera el incentivo perverso a recortar los plazos para la elaboración de los informes, lo que al decir del Presidente del CD de OSITRAN "... escapa a todo lo que recomienda la literatura económica en la materia" [Zevallos, 2009: 25]⁴.

Un aspecto adicional que ha venido afectando la autonomía técnica y funcional de los reguladores es el hecho de que los Consejos Directivos han estado incompletos por largos períodos de tiempo. Si bien ha habido falta de previsión y de actuación oportuna de las autoridades para seleccionar a los nuevos directores ante el vencimiento en el mandato de los anteriores, la causa principal no parece ser ésta sino la aparente injerencia política en los nombramientos, pues a la fecha ya se

3. Según el Artículo 1º del Decreto Supremo N° 038-2009-PCM, que modifica el Reglamento de la Ley Marco.

4. El mandato de cada Director es de 5 años, lo que se considera un plazo adecuado.

han realizado varios concursos públicos cuyos resultados no son validados por las autoridades y, en su lugar, éstas vuelven a convocar nuevos procesos.

1.2 Propuesta de política

A partir de la descripción del problema, queda claro que la autonomía de los organismos reguladores requiere ser fortalecida en el corto plazo con algunas medidas concretas que se plantean en la siguiente sección, pues lo declarado en la Ley Marco es insuficiente para garantizar la misma. La propuesta de política a mediano plazo es más ambiciosa, pues se plantea elevar hasta el rango constitucional la autonomía de estas instituciones, tal como son los casos del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros, entre otras instituciones. Así pues, una institución tan relevante como cada uno de estos reguladores no debería depender de quién esté al mando para que no sea avasallada, debido a que se trata de un bien público que necesita guardianes permanentes [Trillas, 2010].

Es indispensable que la autonomía no signifique ausencia de coordinación con las dependencias públicas responsables de las políticas de desarrollo sectorial [Ministerios] y de promoción de la inversión privada [ProInversión].

La tendencia internacional en pro de reguladores independientes en los

países en desarrollo es clara [Eberhard, 2007]⁵. De hecho, existe evidencia empírica que muestra los efectos favorables sobre el crecimiento de diversas industrias de contar con reguladores independientes [Trillas, 2010]. El punto clave es la confianza que ello genera sobre los inversionistas, pues las decisiones que los afecten serán tomadas técnicamente y ajenas a las consideraciones políticas.

Debe tenerse especial cuidado que esta mayor independencia cuente con los mecanismos adecuados de transparencia y rendición de cuentas para garantizar un comportamiento eficiente y honesto de los reguladores. Asimismo, es indispensable que la autonomía no signifique ausencia de coordinación con las dependencias públicas responsables de las políticas de desarrollo sectorial (Ministerios) y de promoción de la inversión privada (ProInversión), pues ello afectaría la efectividad de los propios reguladores, al enviar mensajes confusos a los agentes. Sin embargo, en caso se produzcan divergencias entre estas instituciones, la autonomía aludida resultaría crucial para que la última palabra en los asuntos regulatorios la tenga el organismo regulador correspondiente [Sappington, 1994].

5. Sin embargo, también menciona que se aprecia en estos países la preocupación por reducir el poder discrecional de los reguladores mediante la utilización de contratos [por ejemplo, de concesiones] que determinan ciertas regulaciones [por ejemplo, las tarifas]. En todo caso, este tema se aborda luego, como otro de los problemas del sector.

Esta autonomía del poder político debe ir de la mano de la independencia de cada regulador con relación a los otros dos participantes del juego regulatorio: las empresas reguladas y los usuarios. Como se suele decir, el regulador es un árbitro que debe encontrarse equidistante de los tres participantes del mercado. En este sentido, es fundamental que cuenten con autonomía financiera para evitar o minimizar la captura por parte de las empresas. Del mismo modo, no puede aceptarse que los usuarios tengan un representante en el CD, pues afectaría el equilibrio. En todo caso, los usuarios ya cuentan con voz a través de los Consejos de Usuarios, los que naturalmente pueden ser fortalecidos.

permanente de expertos que realice anualmente las convocatorias a los concursos públicos⁶, que evalúe los candidatos y que proponga las designaciones correspondientes a las entidades que le corresponde hacer los nombramientos según la Ley Marco. Del mismo modo, el Reglamento debe precisar que aquella entidad que no acepte el resultado del concurso de la comisión, debe sustentar su decisión y comprometerse a aceptar el resultado de un segundo y último concurso. Por último, el Reglamento debe precisar que los directores no son representantes de las entidades que los nombran, tal como ocurre en el caso del Banco Central⁷, para evitar la injerencia política en los reguladores.

Esta autonomía del poder político debe ir de la mano de la independencia de cada regulador con relación a los otros dos participantes del juego regulatorio: las empresas reguladas y los usuarios

1.3 Medidas concretas

Las principales medidas específicas de corto plazo para lograr una autonomía efectiva de los reguladores, acompañada de una adecuada transparencia, son las siguientes:

- a. Incluir en el Reglamento de la Ley Marco el procedimiento de selección de los miembros del CD, precisando que sea mediante concurso público. Para ello se sugiere formalizar el nombramiento de una comisión

- b. Eliminar el incumplimiento injustificado de los plazos legales como causal de remoción de los miembros del CD. Como se menciona en la sección de descripción del problema, esta causal de remoción atenta contra la autonomía técnica y operativa de los reguladores, por lo que debe ser retirada del Reglamento de la Ley Marco. Además, fue introducida en un contexto de preocupación por acelerar las

6. El Artículo 10° del Reglamento de la Ley Marco establece que se debe designar cada año a un miembro del CD, lo que no se ha venido cumpliendo. Este tipo de nombramiento escalonado reduce el impacto de las presiones políticas y es la forma usual de designación de los miembros de los reguladores o comisiones en el ámbito internacional [Gómez-Ibáñez, 2003].

7. Según el Artículo 86 de la Constitución Política del Perú, los Directores del Banco Central no representan a entidad ni interés particular algunos, independientemente de quiénes los hayan elegido.

inversiones en infraestructura dada la crisis económica y que no fue útil para el objetivo esperado. Además, ese es un escenario no vigente en la actualidad.

- c. Dejar total libertad de acción a los reguladores en su manejo presupuestario, particularmente en lo referido a su manejo de personal y su capacitación, así como en la contratación de estudios técnicos a terceros. Los reguladores cuentan con sus propias fuentes de recursos que no dependen del erario público, debido a lo cual no deben ser comprendidos en las medidas de austeridad fiscal que cada cierto tiempo decreta el gobierno. Esta autonomía financiera no solo dejaría sin efecto la injerencia política, sino también permitiría estar mejor posicionados a los reguladores frente a los intentos de captura por parte de las empresas reguladas.
- d. Fortalecer los Consejos de Usuarios de los reguladores, mediante el financiamiento de actividades como las visitas a las infraestructuras reguladas, la contratación de estudios técnicos y la venida de expertos de otros países. Los recursos para dicho financiamiento podrían provenir de una parte de

la recaudación de las sanciones impuestas por los reguladores, monto que no es de libre disponibilidad de los mismos sino que es transferido al gobierno. Este fortalecimiento no solo irá en beneficio de los usuarios sino también de los reguladores, quienes contarán con opiniones mejor informadas y sustentadas de los primeros que pueden enriquecer sus informes. Adicionalmente, esta medida debería ayudar a frenar las iniciativas tendientes a imponer un representante de los usuarios en el CD, cuestión que no se considera adecuada como se discute en la sección de propuesta de política.

- e. Exigir una mayor transparencia a los reguladores. La manera más efectiva es que publiquen oportunamente en su página web no solo las resoluciones, sino también los acuerdos del CD y las actas de sus sesiones, las actas de reuniones de sus funcionarios con las empresas reguladas y con las dependencias públicas y, fundamentalmente, los informes técnicos que sustentan las decisiones. Asimismo, debería estar en la web de cada regulador el *curriculum vitae* de todos sus funcionarios, como acreditación de que cuentan con el personal idóneo.

Las principales medidas específicas de corto plazo son: incluir en el Reglamento de la Ley Marco el procedimiento de selección de los miembros del CD; eliminar el incumplimiento injustificado de los plazos legales, dejar total libertad de acción a los reguladores en su manejo presupuestario, y exigir una mayor transparencia a los reguladores

2. Discrecionalidad de los reguladores en las revisiones de tarifas

2.1 Descripción del problema

A pesar que los reguladores en Perú cuentan con reglamentos de regulación tarifaria⁸, han aplicado políticas discrecionales en temas tales como los parámetros del cálculo del costo de capital, la base del capital, la aplicación y definición de canastas regulatorias y algunas metodologías para actualizar flujos, entre otros.

A pesar que los reguladores en Perú cuentan con reglamentos de regulación tarifaria, han aplicado políticas discrecionales.

En particular, en el sector de telecomunicaciones, OSIPTEL ha aplicado diversas metodologías desde la primera aplicación del factor de productividad en el año 2001⁹. Así, en la segunda revisión correspondiente al período 2004-2007, apareció el

8. El Reglamento General de Tarifas (RETA) de OSITRAN fue promulgado el 23 de setiembre de 2004, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN. El Reglamento General de Regulación Tarifaria de SUNASS fue promulgado el 5 de febrero de 2007, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2007-SUNASS-CD. El Reglamento General de Tarifas de OSIPTEL fue publicado el 1 de diciembre de 2000, mediante Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL.

9. Si bien OSIPTEL cuenta con un reglamento de tarifas, este es bastante genérico en relación a la metodología para la fijación del factor de productividad.

excedente económico de operación o factor “m”, que se incluyó en el cálculo del factor de productividad. El factor “m” aludía al ajuste de los beneficios “extraordinarios” que podría tener la empresa regulada en detrimento de un contexto competitivo, esto último tendría un efecto de ajuste en las tarifas tope.

El factor “m” no fue lo único discutido por la empresa. Otro punto fue el período de información a utilizar. Si bien la teoría nos dice que la información a considerar debe ser tan amplia como se pueda, el regulador solo utilizó información desde 1998 y no desde 1994, sosteniendo que en ese período se dio un cambio estructural importante producto del ingreso de competencia en el sector de telefonía fija.

Otro cuestionamiento que llamó la atención, en el caso de la primera revisión, fue el beta utilizado. Este fue producto de una regresión entre el S&P 500 o proxy del rendimiento del mercado y los retornos de la acción de TdP sobre un período de 5 años. Posteriormente, en la segunda revisión del factor de productividad, se utilizó un bottom up beta o beta sectorial obtenido de una muestra de empresas comparables [Urrunaga y Bonifaz, 2006].

Finalmente, en las fijaciones tarifarias de 2007-2010 y la reciente para el

período 2010-2013, se utilizó como deflactor de las series el Producto Bruto Interno cuando en las revisiones anteriores se había utilizado el Índice de Precios al Consumidor, conforme a la literatura internacional y a las anteriores experiencias dentro del mismo sector.

La inclusión de procesos de revisión periódica de las tarifas en un régimen de precios máximos busca compatibilizar los incentivos a la minimización de costos asociados a este tipo de regulación con los restantes objetivos regulatorios

Por otro lado, en el caso de OSITRAN, ha llamado la atención la utilización de varias metodologías para el cálculo del riesgo país y del riesgo regulatorio. Así, mientras en el caso de la fijación de las tarifas de las mangas del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez [AIJCh] se consideró un premio por riesgo regulatorio de 1%, en la revisión tarifaria de 2008 el regulador consideró que este riesgo no existía, siguiendo su RETA.

Asimismo, con respecto a la estimación del riesgo país, OSITRAN para el caso de la revisión tarifaria de TISUR, la estimó calculando el promedio mensual del EMBI Perú, para cada uno de los años correspondientes. En el caso de la revisión tarifaria de Lima Airport Partners [concesionario del AIJCh], se modificó la metodología para tomar

el promedio de los últimos 12 meses respecto de la fecha de evaluación¹⁰.

En el otro extremo, en el sector eléctrico, OSINERGMIN se basa en lo estipulado en la Ley de Concesiones Eléctricas promulgada en el año 1992, para trabajar con un costo de capital fijo de 12% para actualizar los flujos de las empresas de distribución eléctrica. Asimismo, SUNASS en su reglamento de tarifas fija el valor del beta [en 0.82] para el cálculo del costo de capital de las empresas de saneamiento en el Perú.

2.2 Propuesta de política

La inclusión de procesos de revisión periódica de las tarifas en un régimen de precios máximos busca compatibilizar los incentivos a la minimización de costos asociados a este tipo de regulación con los restantes objetivos regulatorios [eficiencia asignativa, equidad y sostenibilidad]. Esta compatibilización necesariamente involucra establecer un equilibrio de compromiso entre los distintos objetivos [Urbiztondo, 2002]¹¹.

10. Para estimar ese parámetro, por ejemplo, SUNASS utiliza el promedio aritmético mensual de los últimos 24 a 48 meses.

11. El control ex-post de las decisiones de los reguladores se realiza tanto desde el Congreso [por la revisión de la General Accounting Office y otros comités legislativos] como desde el Poder Ejecutivo [por la revisión de la Office of Management and Budget], pero es central el control ex-ante resultante a partir de la Ley de Procedimientos Administrativos de 1946, que requiere la realización de audiencias públicas previas a las decisiones regulatorias donde se reciban comentarios que se evalúen y se consideren en la resolución final.

La discrecionalidad otorgada a los organismos reguladores varía significativamente en distintos países. En Estados Unidos los reguladores tienen amplios poderes delegados, ya que la legislación sólo define vagamente algunos principios tarifarios como “justicia” o “razonabilidad” y limita otros poderes haciendo referencia a amplios criterios de interés público. Otros países, en cambio, regulan sus servicios públicos por medio de leyes y contratos detallados (“regulación por contrato”), que procuran eliminar la discreción de los reguladores, pretendiendo lidiar con todas las contingencias previstas al inicio del contrato [Urbiztondo, 2002]. Sin embargo, la mayoría de los sistemas regulatorios son intermedios entre estos extremos debido, entre otras razones, a la importancia de los cambios tecnológicos sobre las industrias reguladas. Así, por ejemplo, suele existir una mayor flexibilidad y discreción en telecomunicaciones que en las concesiones viales [Smith, 1996].

Es necesario fijar metodologías que limiten la discrecionalidad del regulador para una serie de elementos vitales en la determinación tarifaria, tales como el capital invertido, la tasa de rentabilidad razonable, la base y el costo del capital, la aplicación de canastas regulatorias y los niveles de eficiencia en gastos operativos, con el fin de reducir el riesgo regulatorio

Esto abre la necesidad de fijar metodologías que limiten la discrecionalidad del regulador para una serie de elementos vitales en la determinación tarifaria, tales como el capital invertido, la tasa de rentabilidad razonable, la base y el costo del capital, la aplicación de canastas regulatorias y los niveles de eficiencia en gastos operativos, con el fin de reducir el riesgo regulatorio¹².

Es claro que en algunos países donde ha existido congelamiento de precios o decisiones judiciales sobre tarifas, resulta pertinente incluir alguna medición de riesgo regulatorio, debido a las arbitrariedades del Estado en las decisiones regulatorias¹³. Este no es el caso peruano, donde los reguladores tienen mandato nacional, por lo cual no hay conflicto entre niveles de gobierno y, además, el Poder Judicial no ha tenido injerencia en las decisiones regulatorias. Al respecto, en el caso peruano, OSIPTEL no ha incluido el riesgo regulatorio en sus estimaciones del costo de capital para Telefónica del Perú desde el año 2001 a la fecha, aunque debe reconocerse la gran discrecionalidad que ha tenido su accionar.

Al respecto, un estudio [Wright, Mason y Miles, 2003] patrocinado por la U.K. Economic Regulators¹⁴ y la Office of Fair Trading del Reino

12. Según ha estimado Guasch [2002], el riesgo regulatorio incrementa el costo del capital entre 2 y 7 puntos porcentuales, al tiempo que un incremento de 5 puntos en dicho costo tiene como efectos reducir el precio de venta en una privatización un 35% o requerir un incremento tarifario de un 25%, provocando una reducción en la inversión privada entre un 15% y 30%, e incrementando la probabilidad de renegociación aproximadamente un 40%.

13. Los casos de Argentina, con el congelamiento de precios de 2002, o Brasil, donde las decisiones judiciales han modificado las tarifas vigentes, son ejemplos donde sí valdría la pena evaluar la inclusión de un premio por riesgo regulatorio. Ver Ontiveros, Conthe y Nogueira [2004].

14. La U.K. Economic Regulators agrupa a la Autoridad de Aviación Civil [CAA] y a los reguladores de agua potable [OFWAT], electricidad y gas [OFGEM], telecomunicaciones [OFTEL] y ferrocarriles [ORR].

Unido, afirma con respecto al riesgo regulatorio que el regulador podría por sí mismo introducirlo a través de impredecibles e injustificables intervenciones regulatorias. Los autores arguyen que para que esto sea cierto se debe demostrar que tales intervenciones tienen relación con algún factor de riesgo sistemático que afecta el costo de capital de la firma regulada. Por lo tanto, el riesgo regulatorio aparece solo cuando las acciones del regulador introducen riesgo sistemático, es decir, no diversificable.

Como el país no cuenta todavía con una experiencia regulatoria madura que permita seguir el modelo norteamericano de mayor flexibilidad en el accionar de los OR, y como lo que se debe buscar es que el riesgo regulatorio se reduzca, se considera necesario limitar la discrecionalidad de los OR a través de la fijación de metodologías claras y transparentes dentro de sus reglamentos de tarifas. Esto último parece no estar ocurriendo en los casos de OSIPTEL y OSITRAN, principalmente.

2.3 Medidas concretas

Se proponen las siguientes medidas de política:

- a. Propiciar el intercambio de información y experiencias entre los OR, mediante el requerimiento de informes conjuntos sobre costo del capital, *pass-through* del costo de insumos a las tarifas finales, desregulación minorista, contabilidad regulatoria, etc., con consultas a paneles de expertos académicos, en cada caso. Adicionalmente es importante que, tal como se realiza en Reino Unido, se realice un estudio independiente sobre las mejores prácticas regulatorias nacionales e internacionales respecto a los temas mencionados.
- b. Se deben reunir los 4 OR y definir (en la medida de lo posible considerando las diferencias sectoriales) metodologías comunes, de acuerdo a la mejor práctica nacional e internacional, que permitan evaluar los parámetros y metodologías que afectan las revisiones tarifarias, con el objetivo que sean incorporados explícitamente en sus respectivos Reglamentos de Tarifas, tales como:
 - Relacionadas con el cálculo del costo de capital: riesgo país, productividad de la economía, prima por riesgo regulatorio, prima por riesgo de iliquidez, betas y estructura financiera deuda/capital.
 - Relacionadas con el cálculo del factor de productividad: inclusión de la participación de los trabajadores en el cálculo del precio implícito del insumo mano de obra, tratamiento de los impuestos en el índice de materiales, índice de precios de bienes de capital, índice de precios para deflactar la serie de gastos y canastas de servicios.
- c. Se deben realizar audiencias públicas obligatorias (con documento de consulta previo), tanto para la definición de tarifas como ante cambios en los mecanismos y metodologías de ajuste tarifario.
- d. Como algunos contratos de concesión indican que algunos temas tarifarios, agotadas las instancias administrativas en los OR, puedan ser apelados al Poder Judicial, se propone la creación de salas especializadas en asuntos regulatorios y de supervisión de servicios públicos. Esto implica que se traslade la primera y segunda instancia judicial a nivel de las Salas de la Corte Suprema y que se establezca un plazo de 1 ó 2 años para la creación de las mencionadas salas [Urrunaga y Bonifaz, 2006].

3. Regulación sobre las empresas públicas

3.1 Descripción del problema

Como se sabe, desde los años noventa el país optó por una importante variación de modelo económico, donde uno de los pilares fue el cambio del rol del Estado, retirándose de las labores productivas para convertirse en promotor de concesiones en búsqueda de la inversión privada y en regulador de las fallas de mercado. Lamentablemente, el proceso de adjudicaciones ha sufrido muchos tropiezos en diferentes momentos y, si bien se ha reactivado en varias oportunidades, aun falta mucho camino por recorrer.

Uno de los principales problemas del mantenimiento del Estado productor ha venido siendo la regulación de empresas públicas, pues la efectividad de los reguladores, particularmente SUNASS y OSITRAN, sobre este tipo de empresas no ha sido la misma que sobre las empresas privadas.

Uno de los principales problemas del mantenimiento del Estado productor ha venido siendo la regulación de empresas públicas, pues la efectividad de los reguladores [...] sobre este tipo de empresas no ha sido la misma que sobre las empresas privadas.

La causa de lo anterior no es solo la típica ausencia de incentivos: mientras las empresas privadas cuentan con mecanismos claros y efectivos para orientar su conducta eficientemente, ante el objetivo de generar beneficios, no sucede lo mismo en las empresas públicas. En estas últimas, suele ocurrir que los objetivos económicos se mezclan con objetivos políticos y de otro tipo, en el entendido que operan a favor del interés público; sin embargo, este interés no puede significar provisiones ineficientes de bienes y servicios, como ha venido siendo el resultado de la operación de dichas empresas. Así, por ejemplo, Marchán y Córdova (2007) señalan que de las 50 empresas prestadores de servicios de saneamiento (EPS) reguladas por SUNASS, 37 tienen una relación de trabajo superior a 80%, lo cual estaría ocasionando que 28 de ellas inviertan en los propios sistemas de agua un monto menor al 50% de la depreciación de los activos, implicando un desmejoramiento de la infraestructura y desmejorando más la calidad de los servicios.

Otra causa muy importante por la que la regulación no es efectiva sobre las empresas públicas es la inexistencia de contratos regulatorios, similares a los contratos de concesión, que establezcan sanciones severas frente a las infracciones detectadas por los reguladores y causales de caducidad

de la administración y operación de los servicios. Mientras las empresas privadas han debido participar de concursos públicos para ganar el derecho a operar una determinada infraestructura, y cuentan con un contrato de concesión con determinadas obligaciones, infracciones y sanciones, que incluso pueden llevarlas a perder la concesión; las empresas públicas, en cambio, no se han ganado el derecho a operar mediante concursos y no han firmado contratos por medio de los cuales puedan perder la administración de su negocio. Esto último es más crítico aun en el caso de las EPS, pues, a excepción de SEDAPAL, son controladas por los gobiernos locales, sus directores son designados por una autoridad política y designan a los administradores y determinan la dirección estratégica de las mismas¹⁵.

3.2 Propuesta de política

Si bien el problema que se pretende resolver es el de la efectiva regulación sobre las empresas públicas, el mismo involucra también el comportamiento eficiente de estas empresas en la provisión de servicios. Mientras la primera cuestión puede solucionarse mediante la suscripción de contratos, la segunda cuestión puede mejorarse de manera significativa mediante concursos.

Se plantea, por lo tanto, que la provisión de infraestructura de uso público y sus servicios públicos a mediano y largo plazo sea realizada por empresas que resulten ganadoras de procesos

de concesiones mediante licitaciones públicas competitivas, no solo para contar con los mejores operadores, sino también para que estén sujetos a contratos que regulen sus actividades cuando provean infraestructura y/o servicios en condiciones monopólicas.

Se plantea, por lo tanto, que la provisión de infraestructura de uso público y sus servicios públicos a mediano y largo plazo sea realizada por empresas que resulten ganadoras de procesos de concesiones mediante licitaciones públicas competitivas.

Las empresas concursantes no tienen que ser exclusivamente las privadas. Podrían participar también las de carácter público o mixto, o además consorcios integrados por empresas públicas en asociación con empresas privadas. La ventaja de una propuesta como ésta es que debería enfrentar menores resistencias políticas, debido a que no le cierra las puertas a las empresas públicas existentes. De esta manera, si alguna empresa pública considera que tiene la suficiente eficiencia y experiencia para operar un mercado, no debería oponerse a un proceso de competencia determinado por el mercado, como es una licitación para escoger al concesionario. Del mismo modo, si una empresa pública tiene una buena reputación pero considera que debe asociarse con otras empresas para contar con una propuesta ganadora, no debería tener inconvenientes para materializar tal asociación y participar del concurso.

Lo que esta propuesta evita es la obligatoriedad de realizar una asociación en participación con una empresa pública para poder ser concesionario de

15. Groom, Halpern y Ehrhardt [2006] señalan que las causas del mal desempeño de estas empresas son las siguientes: selectiva representación de las necesidades de los usuarios [mayor interés en ciertos grupos]; objetivos políticos de corto plazo [motivo por el que generalmente se oponen a alzas de tarifas]; captura de la empresa para fines personales, y captura de proveedores [esto es la captura de los directores por parte de la empresa o sus empleados].

una infraestructura de servicio público, pues ello limita las condiciones de competencia de cualquier concurso público, con lo que no se garantiza que la propuesta ganadora sea la mejor alternativa. En este sentido, se propone no seguir el camino de las autoridades actuales con respecto al desarrollo del muelle norte del Terminal Portuario del Callao, proceso en el que se está obligando a los postores a realizar una asociación en participación con ENAPU [Urrunaga, 2010].

En el corto plazo, para que la regulación sobre las empresas públicas sea efectiva, mientras no sean convocadas todas las concesiones y persista la operación de estas empresas en las condiciones vigentes a la fecha, se propone el diseño y la firma de contratos de operación que establezcan derechos y obligaciones a las empresas públicas, que incluyan la posibilidad de remoción de los directivos frente a la ocurrencia de determinadas infracciones.

3.3 Medidas concretas

Las principales medidas que se plantean en congruencia con la propuesta de política son las siguientes:

- a. Diseñar contratos de operación que establezcan derechos y obligaciones a las empresas públicas, que incluyan la posibilidad de sancionar e incluso remover a los directivos de estas empresas frente a la ocurrencia de determinadas infracciones. La firma de estos contratos debería darse en el corto plazo, pues mientras no sean convocadas todas las concesiones y persista la operación de empresas públicas en las condiciones vigentes a la fecha, la propuesta constituye quizás la medida idónea para que regulación sobre estas empresas sea efectiva.
- b. Desarrollar un sistema efectivo de incentivos sobre las empresas públicas. Los reguladores no cuentan actualmente con mecanismos efectivos de enforcement que induzcan al buen desempeño de estas empresas. Se deben institucionalizar mecanismos de incentivos monetarios y no-monetarios que consideren la particularidad de regular empresas con directorios y/o administraciones políticas. Esto de la mano de desarrollar capacidades en los directores y personal administrativo de estas empresas. Algunas acciones más específicas que pueden recomendarse son las siguientes: crear un sistema de incentivos monetarios y un sistema legal de penalidades administrativas sobre directores y personal administrativo; institucionalizar un sistema de certificación vinculante de competencias laborales, dentro de la política de desarrollo sectorial; desarrollar compromisos y mecanismos que permiten la inversión continua en el fortalecimiento de capacidades; vincular el desarrollo de las reformas sectoriales a las acciones de los actores de política pública a nivel nacional, regional y local, y normar los procesos para los nombramientos de los directores y gerentes generales de las empresas públicas mediante concursos públicos¹⁶.
- c. Promover las concesiones, asociaciones público privadas e iniciativas privadas autosostenibles y cofinanciadas, con la finalidad que los operadores de las infraestructuras de servicios públicos sean elegidos a partir de procesos de competencia por el mercado. En este sentido, para no excluir a las empresas públicas que puedan carecer de experiencia en este tipo de concursos públicos, se propone capacitarlas en teorías y prácticas de licitaciones y subastas.

16. Donde el programa Servir puede ser de gran utilidad.

Referencias

- Eberhard, Anton [2007]. **Infrastructure Regulation in Developing Countries**. An Exploration of Hybrid and Transitional Models. Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), Working Paper N° 4.
- Gómez-Ibáñez, José [2003]. **Regulating infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**. Harvard University Press.
- Groom, Eric, Jonathan Halpern, y David Ehrhardt [2006]. **Explanatory Notes on Key Topics in the Regulation of Water and Sanitation Services**. Banco Mundial, Water Supply and Sanitation Sector Board Discussion Paper Series, Paper N° 6.
- Guasch, José Luis [2004]. **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right**. Estudios sobre el desarrollo del Instituto del Banco Mundial, Washington, DC.
- Marchán, Johnny y Juan Francisco Córdova [2007]. **Gestión de una Empresa de Prestación de Servicios de Saneamiento sin la influencia de los gobiernos locales**. Presentación del caso EPS GRAU S.A. Informe elaborado para SUNASS.
- Ontiveros, Emilio; Manuel Conthe y José María Nogueira [2004]. **La percepción de los inversores de los riesgos regulatorios e institucionales en América Latina**. Informe elaborado para el Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, DC.
- Sappington, David [1994]. **Principles of Regulatory Policy Design**. Banco Mundial, Policy Research Working Paper 1239, enero.
- Smith, Warrick [1999]. **Utility Regulators: The Independence Debate**. Public Policy for the Private Sector, Banco Mundial, Note 132.
- Trillas, Francesc [2010]. **Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals**. IESE Business School, University of Navarra, Working Paper WP-860, mayo.
- Urbiztondo, Santiago [2002]. **La competitividad y la organización institucional de la regulación de servicios públicos en Perú: diagnóstico y propuesta de reforma**. Informe elaborado para, febrero.
- Urrunaga, Roberto [2010]. **Infraestructura portuaria: un paso atrás**. Artículo de opinión publicado en el blog El Cristal Roto, Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, abril.
- Urrunaga, Roberto y José Luis Bonifaz [2008]. **Estudios de caso sobre regulación en infraestructura y servicios públicos en el Perú**. Apuntes de Estudio N° 67, CIUP.
- Urrunaga, Roberto y José Luis Bonifaz [2006]. **Regulación y Concesiones**. Aportes para el gobierno peruano 2006-2011, N° 6, CIES y CIUP, febrero.
- Wright Stephen; Robin Mason y David Miles [2003]. **A Study into Certain Aspects of the Cost of Capital for Regulated Utilities in the United Kingdom**. Informe elaborado para los U.K. economic regulators y la Office of Fair Trading, febrero.
- Zevallos, Juan Carlos [2009]. **Hacia una óptima regulación económica de infraestructura de servicios públicos en el Perú**. Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte, OSITRAN, Año 2, Número 3, julio.

Roberto Luis Urrunaga Pasco-Font



Profesor del Departamento Académico de Economía de la Universidad del Pacífico, miembro y Coordinador del Área de Regulación, infraestructura y competencia del Centro de Investigación de dicha casa de estudios. Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico y Máster en Economía por Georgetown University (ILADES, Chile). Ex Gerente de Regulación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), ex miembro del Cuerpo Colegiado de OSITRAN y ex miembro de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI.

José Luis Bonifaz Fernández



Jefe del Departamento Académico de Economía de la Universidad del Pacífico, miembro del Centro de Investigación de esta casa de estudios y miembro del Consejo de Usuarios de Puertos de OSITRAN y de SUNASS-Lima. Ingeniero Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Economía por la Universidad del Pacífico y Master of Arts in Economics por Georgetown University. Ha sido Gerente General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) y líder de la Mesa de Infraestructura y Regulación del Consejo Nacional de Competitividad.

Disponible en: <https://www.up.edu.pe/ciup/Paginas/PLA/Detalle.aspx?IdElemento=229>

Óscar Ponce de León Salas

Investigador asociado del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico y Máster en Economía Industrial por la Universidad de Toulouse (Francia). Ha seguido el curso de Determinación de tarifas de servicios públicos en la Universidad de San Andrés, Argentina, y cuenta con diplomados asociados a la evaluación y formulación de proyectos de inversión pública, y privatización y financiamiento de servicios públicos e infraestructura.