

Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Públicos

Eduardo Quintana Sánchez*

SUMILLA

El autor por medio del presente artículo nos explica las consecuencias de los subsidios en los Servicios Públicos. Para ello, en primer lugar, define el concepto subsidio y detalla sus características más importantes; luego, expone los principios por los cuales se rigen las tarifas de los Servicios Públicos y los subsidios. Como los subsidios son excepciones a la política tarifaria, presentan una naturaleza jurídica diferente, que se detallan a continuación y al término del mismo se enuncian las igualdades/discriminaciones de las tarifas de los subsidios.

Introducción

En las últimas décadas las actividades de Servicios Públicos, que previamente se encontraban bajo estricto control estatal, han pasado por procesos de liberalización y promoción de la participación privada. Los sistemas legales que propugnan la economía de mercado, o la economía social de mercado como en el caso peruano, han dado lugar a que las empresas se desempeñen con criterios de eficiencia económica para la prestación de Servicios Públicos. Bajo este nuevo modelo las políticas de precios que utilizan las empresas de Servicios Públicos y en las que se basan las decisiones de los Organismos Reguladores tienen dos principios básicos, siendo el primero que los precios al consumidor deben cubrir los costos totales de provisión, y el segundo que deben evitarse los subsidios¹.

Sin perjuicio de lo anterior, existen varias modalidades y formas de subsidios que se aplican en las actividades de Servicios Públicos, tanto en el extranjero como en el Perú, sin que ello determine una ruptura del modelo de prestación privada de los Servicios Públicos, ni tampoco un desvío completo o arbitrario de los principios antes señalados. Esto se explica porque los referidos subsidios se utilizan como un instrumento de política regulatoria

con motivaciones específicas y de temporalidad limitada, por ejemplo la búsqueda de objetivos de equidad (lograr el servicio universal), garantizar actividades de relevancia (asegurar retornos iniciales adecuados para la inversión en grandes infraestructuras), impulsar emprendimientos empresariales deseados (inversión en fuentes de energía limpia), entre otros.

No obstante, siendo que se trata de un mecanismo de excepción dentro de la política de determinación de precios en Servicios Públicos, la creación de subsidios por parte de las autoridades o su utilización por las empresas prestadoras debe ser cuidadosa y estar sólidamente justificada.

En este trabajo se analizan críticamente aspectos relevantes sobre la creación y utilización de subsidios en actividades de Servicios Públicos, en particular considerando su naturaleza jurídica, así como los efectos que pueden tener en el mercado.

1. Definición y principales características de los subsidios

Un subsidio en términos generales puede concebirse como una reducción de los precios o de los costos de producción de un bien o servicio

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

¹ BEATO, Paulina. Cross-Subsidy Prices in Public Utilities. En: Competition Policy in Regulated Industries: Approaches for emerging Economies, Beato y Laffont editores (Interamerican Development Bank, 2002), p.199.

a través de alguna forma no compensada de transferencia de valor a agentes económicos². Esta definición abarca tanto transferencias a empresas proveedoras (se reduce su costo de producción) como transferencias a consumidores (se reduce el precio que deben pagar por el servicio).

Los recursos para financiar un subsidio pueden provenir de varias fuentes. Las dos formas más típicas son las siguientes³:

- Subsidios explícitos o directos: Se dan cuando los recursos para el subsidio provienen del presupuesto público, es decir, el Estado transfiere los fondos al productor para reducir los costos de producción o al consumidor para reducir el precio de provisión del servicio; este tipo de subsidios son reflejados de forma transparente en el presupuesto público.
- Subsidios cruzados: La transferencia de recursos para el subsidio se da entre grupos de consumidores, sin que provengan del erario público, en tanto que un grupo de consumidores paga un precio mayor que el costo de provisión del servicio y el excedente es utilizado para financiar ya sea la provisión de servicios a otro grupo (los más pobres) o alguna actividad de la empresa proveedora (por ejemplo, la expansión de su red de cobertura de servicios). También pueden presentarse subsidios cruzados cuando se cobra un mismo precio a todos los usuarios pese a que el costo de atenderlos es distinto en función de zonas geográficas u otros factores, con lo cual un grupo de consumidores termina pagando más que el otro⁴.

En algunos casos se presentan situaciones intermedias entre los dos tipos de subsidios mencionados, en particular cuando el estado impone una carga económica sobre determinados agentes del mercado que, sin ser consumidores o beneficiarios del servicio, deben contribuir a su financiamiento. De este modo, se presenta la transferencia de recursos no compensados para financiar determinada provisión de servicios, que es típica de un subsidio, pero sin que los recursos provengan del presupuesto público ni de un

grupo de consumidores de tales servicios, sino más bien de agentes que deben contribuir a su financiamiento para cumplir un mandato legal.

Por lo general, los subsidios suelen utilizarse para financiar la provisión de servicios a los consumidores con menores recursos o que se ubican en zonas geográficas aisladas y/o deprimidas, es decir, con una lógica de servicio universal para los menos favorecidos. Este uso de los subsidios tiene un evidentemente objetivo de equidad.

Sin perjuicio de lo anterior, dependiendo del sector en que se aplican, los subsidios pueden tener distintas finalidades. Así, por ejemplo, los subsidios en el sector de energía pueden tener carácter universal, estar dirigidos a los más pobres, ser para comunidades rurales o remotas, y para industrias o empresas en particular.

Asimismo, los subsidios pueden ser para fuentes de energías confiables o de energía limpia, nuevos productores de energía, formas innovadoras de provisión de energía, o inversión en energía eficiente⁵.

2. Principios de las tarifas de servicios públicos y subsidios

La tarifa de un Servicio Público es la contraprestación que paga el consumidor o usuario por la provisión del servicio y, por ende, es un precio. Se trata de un precio público debido a que la tarifa es fijada por la autoridad reguladora, pero sin que ello la convierta en un impuesto o una tasa⁶. Es decir, la tarifa es un precio porque es la contraprestación por un servicio efectivamente recibido y, además, es público porque no es determinado por el mercado sino fijado administrativamente⁷.

Tratándose de precios, la fijación reguladora de las tarifas de Servicios Públicos se rige por los siguientes principios clásicos:

- a) Costo real y total o suficiencia. Este principio impone que las tarifas de un servicio deben corresponder a los costos efectivos y reales de prestarlo, es decir que los ingresos

² Esta definición ha sido planteada en un estudio de subsidios en el sector de energía: BACON, LEY y KOJIMA. Subsidies in the Energy Sector: An Overview (Background Paper for the World Bank Group Energy Sector, 2010). p. 8.

³ BACON, LEY y KOJIMA. Op. Cit., pp. 22 y 23. LE BLANC, David. A framework for Analyzing Tariffs and Subsidies in Water Provision to Urban Households in Developing Countries (DESA Working Paper No. 63, 2008), p. 17.

⁴ BACON, LEY y KOJIMA. Op. Cit., p. 23. HEALD, D.A. Public Policy towards Cross Subsidy (Annals of Public and Cooperative Economics No. 68, 1997), p. 598.

⁵ BACON, LEY y KOJIMA. Op. Cit., p. 11.

⁶ ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico (ARA Editores, 2004), p. 594.

⁷ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Las Tarifas Eléctricas: el Caso Español; en: Precios y Tarifas en Sectores Regulados. Ariño editor, Editorial Comares. 2001, p. 2.

provenientes de las tarifas pagadas por los usuarios del servicio deben cubrir el conjunto de costos que razonablemente son necesarios para proveerlos⁸, o como señala LÓPEZ DE CASTRO **“las tarifas de un Servicio Público deben cubrir todos los costes y sólo los costes del servicio”**⁹. Esto supone que se cumplan las siguientes condiciones:

- Las tarifas deben cubrir todos los costos razonables y necesarios para la prestación del servicio, incluyendo una utilidad normal para el inversionista.
 - Los costos del servicio deben ser pagados por los usuarios del mismo, no por los accionistas de la empresa operadora, ni por los contribuyentes.
 - Las tarifas no deben incluir costos no relacionados con el servicio¹⁰.
- b) Eficiencia. Este principio indica que al tratarse de precios, las tarifas deben cumplir la función que tienen los precios en el mercado, es decir, permitir una asignación eficiente de los recursos. Esto implica, según LÓPEZ DE CASTRO¹¹, que la retribución que perciben las empresas operadoras debe incluir incentivos a la eficiencia y a la minimización de costos, lo que implica que la tarifa debe ser fijada de modo que cubra los costos razonables y necesarios para sustentar la provisión del servicio¹².

En este punto corresponde precisar el concepto de estructura tarifaria que, dentro de los límites de la eficiencia y cumpliendo el principio de suficiencia antes comentado, permite alcanzar objetivos de promoción económica o protección social de algunos grupos de usuarios. Sobre el particular ARIÑO ha señalado:

“Un problema diferente, aunque íntimamente relacionado con el nivel de tarifas de un Servicio Público, es el del logro de una equitativa y justa estructura tarifaria, es decir, de una adecuada combinación de precios para los distintos servicios específicos que la empresa presta a los diferentes grupos o sectores de

*clientela, de modo que pague más el que más tiene o el que más utilidad obtiene del servicio, pero manteniendo siempre la regla de que el conjunto de los ingresos cubra globalmente la totalidad de los gastos. (...) puede haber –y debe hacer en muchos casos, por razones económicas o sociales- compensaciones inter-servicios, de modo que con los superávits obtenidos de algún tipo de ellos puedan ser subvencionadas o compensadas las pérdidas experimentadas en otros. Ello es algo que no afecta la solidez y buen funcionamiento de la empresa, y puede servir, en cambio, para lograr un trato equitativo entre los distintos grupos de usuarios o la consecución de determinadas finalidades de promoción económica o de protección social de un grupo de ellos. Pero nótese que con ello no se infringe el principio del coste real: el servicio lo pagan los usuarios (no hay subsidios externos), sólo que con una distribución equitativa y justa. Y en todo caso conviene insistir en que, de existir, tales subvenciones cruzadas deben ser siempre internas al servicio, no ajenas a él”*¹³.

- c) Objetividad. Este principio se refiere a que la fijación de tarifas debe cumplir las reglas aplicables a toda actividad administrativa, esto es, debe sustentarse en una norma previa de carácter general que autorice la fijación administrativa de las tarifas y, además, debe garantizar neutralidad en su aplicación principalmente atribuyendo esa responsabilidad a una entidad independiente de la autoridad política¹⁴.

Los subsidios directos definidos en la sección anterior constituyen una excepción al principio de suficiencia antes comentado, en tanto que los costos del servicio no están siendo cubiertos en su integridad por la tarifa que se cobra a los usuarios, sino mediante recursos del Presupuesto del Estado. También son una excepción a dicho principio los subsidios que se financian a través de cargas económicas impuestas por mandato legal a agentes del mercado, pues si bien en ese caso

⁸ ARIÑO. Op. Cit. pp. 594-595.

⁹ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Op. Cit. p. 2.

¹⁰ Al respecto, Ariño señala correctamente lo que sigue: *“(...) la tarifa debe cubrir los costes y nada más que los costes: es un error económico y un dislate jurídico que la tarifa se convierta en un cajón de sastre donde cabe cualquier cosa: una exacción fiscal encubierta, una subvención a terceros, una protección arancelaria, o cualquier otra finalidad ajena al servicio”*. Op. Cit. p. 595.

¹¹ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Op. Cit. pp. 2-3.

¹² Según Ariño, los componentes de la tarifa deben ser: costos de explotación depurados y ajustados, amortización prudente y realista de los activos, normal rentabilidad de la inversión neta, e impuestos. Op. Cit. p. 595.

¹³ ARIÑO. Op. Cit. p. 595.

¹⁴ LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. Op. Cit. pp. 3-4.

los recursos no provienen directamente del erario público, provienen de terceros que no son usuarios o beneficiarios del servicio en cuestión.

De otro lado, si bien los subsidios cruzados definidos en la sección previa cumplen el principio de suficiencia, pues los costos del servicio son cubiertos en su integridad, aunque en distintas proporciones, por los usuarios, constituyen una excepción al principio de eficiencia, pues en tal caso las tarifas cobradas a ciertos usuarios no cubren el costo de provisión del servicio a dichos usuarios, mientras que las tarifas aplicadas a otros superan los costos de provisión¹⁵ y, por ende, no cumplen plenamente la función de los precios en el mercado (es decir, ser señal para la asignación eficiente de los recursos).

3. Naturaleza jurídica de los subsidios

Como ya se ha señalado, los subsidios constituyen excepciones a los principios de política tarifaria y su naturaleza jurídica puede ser distinta, en función de quienes son los obligados a pagarlo y quién es el acreedor del subsidio.

3.1. Subsidios de naturaleza tarifaria

La tarifa es la contraprestación que pagan los usuarios por el servicio recibido y, en principio, dicha tarifa debe cubrir todos los costos del servicio y solo los costos del servicio. Por ello, si quienes pagan el subsidio son usuarios del servicio (es decir se cobra a algunos usuarios tarifas mayores que el costo del servicio para subvencionar la provisión a otros usuarios que pagan tarifas menores), dicho subsidio tiene la naturaleza de una tarifa regulada.

Adicionalmente, siendo dicha tarifa (que incluye el subsidio) la contraprestación por el servicio brindado, su acreedor es la empresa proveedora del servicio. Así, el subsidio que recibe la empresa de parte del usuario también tiene la naturaleza de una tarifa regulada. En función de lo anterior, los subsidios cruzados tienen naturaleza de tarifa regulada.

Como ejemplo de lo señalado puede considerarse el subsidio existente a través del Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE), creado por la Ley N°. 27510. Esta norma establece que las tarifas de distribución de energía eléctrica a los usuarios finales debe incluir un recargo para determinados grupos de usuarios, que a su vez

servirá para compensar la tarifa menor que se cobrará a otros grupos de usuarios del servicio. Quienes recaudan el mencionado recargo y además lo utilizan para la referida compensación son las empresas concesionarias de distribución.

El recargo por FOSE fue analizado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), la misma que concluyó en los siguientes términos: que ese concepto era una un incremento tarifario y no un tributo¹⁶:

*“De las normas glosadas, se colige que las empresas de distribución eléctrica deben efectuar, por un lado, recargos tarifarios en la facturación de los usuarios adscritos a un sistema interconectado no beneficiados y, de otro lado, descuentos en la facturación de los Usuarios Beneficiados.
(...)”*

En este orden de ideas, el incremento denominado recargo para un sector de usuarios (Usuarios No Beneficiados) y la reducción vía descuento para otro sector de usuarios (Usuarios Beneficiados), importa un mayor o menor ingreso para las empresas eléctricas, toda vez que ambos influyen en la tarifa que deben cobrar las empresas de distribución eléctrica.

Lo expuesto, se ve corroborado en lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley N° 27510 la misma que señala que: ‘(...) resulta urgente promover una política tarifaria que facilite y promueva el acceso al servicio eléctrico a los usuarios residenciales de bajo consumo, con la finalidad de mejorar la economía familiar a nivel nacional. Es por ello que se necesita establecer una política tarifaria de acceso al servicio eléctrico para los usuarios del sistema interconectado nacional y de los sistemas aislados’.

Por otra parte, de acuerdo a la doctrina especializada se considera al Tributo ‘... como toda prestación obligatoria en dinero o en especie, establecida por la Ley que no constituya sanción por acto ilícito y que efectúa el particular a favor del Estado en sus diversas manifestaciones y de acuerdo a su capacidad contributiva para que éste cumpla con sufragar los gastos que demanda el cumplimiento de sus fines’.

¹⁵ Se ha señalado que en términos simples, un esquema de precios tiene subsidios cruzados cuando los precios para algunos consumidores están por debajo de los costos promedio de producción, mientras que los precios para otros consumidores se encuentran por encima de los costos promedio. BEATO, Op. Cit. p. 199.

¹⁶ Informe N° 336-2002-SUNAT/K00000, del 21 de noviembre de 2002.

En consecuencia, el recargo no tiene naturaleza de tributo, toda vez que no existe dentro de su estructura el componente del acreedor tributario que como hemos visto debe recaer en el Estado en sus diversas manifestaciones; sino constituye en esencia una regulación tarifaria a fin de crear un subsidio para determinados consumidores residenciales”.

Como se observa, el razonamiento de la SUNAT en el caso del recargo por FOSE es que los obligados al pago son un grupo de usuarios del servicio de distribución de energía eléctrica y que con esos recursos se hacen descuentos sobre (es decir se subsidia) la tarifa correspondiente a la prestación del mismo servicio a otro grupo de usuarios. Además, la SUNAT identificó que el acreedor del recargo por FOSE es la propia empresa operadora del servicio, es decir, la distribuidora eléctrica. En función de lo anterior, manifestó que ello **“constituye en esencia una regulación tarifaria a fin de crear un subsidio para determinados consumidores residenciales”**.

La naturaleza de tarifa regulada de los subsidios cruzados tiene consecuencias jurídicas importantes. Solo a manera de ejemplo, se entiende que al tratarse de una tarifa regulada, su estructuración está en manos y corresponde a la autoridad reguladora. Asimismo, se entiende que al ser parte de un precio que constituye la contraprestación por el servicio recibido, el monto correspondiente al subsidio está sujeto al pago de los impuestos de Ley como ocurriría con cualquier precio.

3.2. Subsidios de naturaleza tributaria

Cuando determinados agentes del mercado deben asumir cargas económicas impuestas por mandato legal para cubrir los costos de determinados Servicios Públicos se está creando una excepción al principio regulatorio de suficiencia, tal cual ha sido definido en la segunda sección del presente trabajo. En este caso, las tarifas del servicio que se cobra a los usuarios del mismo (en caso que se les cobre alguna tarifa) no cubren todos los costos incurridos en la prestación del servicio, pues una parte de ellos está siendo financiada con recursos de terceros. El subsidio que pagan estos terceros no tiene naturaleza de una tarifa regulada, sino

por el contrario constituye una carga de naturaleza tributaria.

Efectivamente, en estos casos quienes pagan el subsidio no son usuarios del servicio que está siendo financiado, sino más bien contribuyentes por mandato legal. Asimismo, el acreedor de los recursos materia del subsidio es el Estado o una Entidad Estatal, que luego los asigna a los fines para los cuales han sido recaudados.

Como ejemplo de lo anterior puede considerarse el aporte al Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones (FITEL), creado por el Título Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013-93-TCC), modificado por la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904). De acuerdo con esta norma, las empresas concesionarias de Servicios Públicos de telecomunicaciones deben pagar un porcentaje determinado de sus ingresos (según el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones es el 1% de los ingresos brutos facturados y percibidos) para financiar los proyectos de inversión en infraestructura de telecomunicaciones en zonas rurales y de alto interés.

El aporte a FITEL fue evaluado por el Tribunal Fiscal con ocasión del recurso de impugnación presentado por una empresa operadora de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, concluyendo en los siguientes términos: que dicho pago constituye un tributo y no una contraprestación de origen contractual¹⁷:

“Que de la revisión del expediente remitido, puede apreciarse que la recurrente solicitó la devolución de sumas pagadas indebidamente por concepto de aporte a FITEL y a OSIPTEL correspondientes al ejercicio 1994, los cuales fueron considerados pagos de origen contractual por la referida entidad [OSIPTEL];

Que al respecto, los aportes a FITEL y a OSIPTEL constituyen obligaciones pecuniarias ex lege, en la medida que los elementos conformantes de la relación obligatoria como la prestación, sujeto acreedor y deudor, han sido establecidos por Ley¹⁸;

¹⁷ Resolución del Tribunal Fiscal N° 560-2-99, del 16 de junio de 1999 (Expediente N° 1069-97).

¹⁸ En el sustento del Vocal Informante se señala lo siguiente: *“Obligación pecuniaria ex lege, entendida como el vínculo que surge por imperio de la Ley entre un sujeto activo y otro pasivo, debiendo este último ejecutar una prestación a favor del primero, cuyo interés a satisfacer es en este caso, prioritariamente pecuniario. En este punto cabe diferenciar ‘las obligaciones ex contractu de las obligaciones ex lege, pues en las primeras la voluntad del obligado quiere la obligación, y en las segundas, quiere el hecho que la origina’, debiendo tenerse presente que ‘voluntaria es, en general, la realización del hecho imponible e todos los tributos’*

Que asimismo, el cobro de los referidos aportes no constituye una sanción de acto ilícito, en tanto que han sido establecidos como una fuente de financiamiento del FITEL y del OSIPTEL;

Que además, el sujeto activo de dichos aportes es OSIPTEL, organismo público con personería jurídica de derecho público interno encargado de velar y promover la competencia en el sector telecomunicaciones, y el sujeto pasivo de los mismos ha sido designado por la Ley;

Que en tal sentido, los aportes objeto de controversia tienen naturaleza tributaria en la medida que son obligaciones pecuniarias ex lege que no constituyen sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es una persona pública y cuyo sujeto pasivo fue puesto en esa situación por mandato legal”.

Tal como se observa, en este caso el Tribunal Fiscal entendió que la obligación de pago del aporte es de naturaleza tributaria y no contractual (como ocurre con una tarifa regulada), en función de que el sujeto obligado al pago fue designado por la Ley y que el acreedor del pago es una entidad del Estado. Como es evidente, los operadores de telecomunicaciones obligados al pago del aporte a FITEL no son ni serán usuarios de los servicios que brindarán las empresas que obtengan el financiamiento que otorgará este Fondo, con lo cual la carga económica impuesta sobre ellos no puede tener carácter de tarifa regulada.

Otro ejemplo que puede considerarse es el cargo para financiar el Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados, creado mediante Ley N° 28832 y complementado por la Ley N° 28749, Ley General de Electrificación Rural. Estas normas establecen que los consumidores de energía eléctrica del Sistema Interconectado Nacional deben pagar un cargo recolectado a través de la facturación que emiten sus suministradores y que los recursos obtenidos serán destinados para financiar los Proyectos de Electrificación de Sistemas Aislados.

Este cargo fue analizado por OSINERGMIN con ocasión de una controversia planteada por una empresa suministradora de energía eléctrica, y el regulador concluyó que dicho cargo era de naturaleza tributaria en los siguientes términos¹⁹:

lo que ‘nada tiene que ver con la obligación e pago que nace de la realización de tal hecho’, la cual es dispuesta por Ley (José Juan Ferreiro Lapatza, “Tasas y precios públicos. Los precios públicos”, Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, Volumen N° 21, pp. 90-93)”.

¹⁹ Resolución OSINERGMIN N° 553-2007-OS/CD, del 04 de setiembre de 2007.

“Que, el artículo 30° de la Ley 28832, dispone que los recursos necesarios para el funcionamiento del Mecanismo de Compensación para Sistemas Aislados se obtendrán de hasta el cincuenta por ciento (50%) del aporte de los Usuarios de electricidad, a que se refiere el inciso h) del artículo 7° de la Ley N° 28749. El monto específico será determinado por el Ministerio de Energía y Minas cada año, de conformidad a lo que establezca el Reglamento;

Que, se puede apreciar, prima facie, que los recursos para el funcionamiento del MCSA provienen de un porcentaje no mayor al 50% del APORTE. No obstante, para su aplicación, se dispone que anualmente el MEM aprobará un Monto Específico, que será aquel que finalmente se utilizará para el MCSA y para determinar los Precios en Barra Efectivos de los Sistemas Aislados. Ello es así, debido a que las transferencias por aplicación del MCSA constituyen un subsidio para los Sistemas Aislados, proveniente de un aporte de los usuarios finales del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante SEIN), por lo que OSINERGMIN reduce del Precio en Barra Teórico de los Sistemas Aislados, el Monto Específico aprobado por el MEM, debiendo ser este último resultado, aquel que deben cobrar las empresas concesionarias de los Sistemas Aislados a sus usuarios, conforme lo establece el Reglamento del MCSA, en el literal f) del numeral 1 de su artículo 54°;
(...)

Que, una vez aclarado los alcances del texto legal mencionado anteriormente, debe hacerse referencia a los argumentos expuestos por ELECTROPERÚ, en el sentido que no le corresponde efectuar transferencias del APORTE por concepto del MCSA, por montos superiores a lo recaudado en razón de no estar constituido como contribuyente ni responsable del tributo. A este respecto, debe señalarse que, efectivamente, el APORTE tiene naturaleza tributaria, y que los sujetos obligados al pago del mismo son los usuarios del sector eléctrico, libres o regulados. De esta manera, la función que corresponde a las Empresas Aportantes consiste en efectuar las gestiones necesarias para el cobro del APORTE, incorporando dicho

tributo en sus facturaciones, mas no asumiendo el deber de responder solidariamente con los usuarios por el pago del APORTE, salvo en los supuestos en que incumplan con sus deberes de recaudador;
(...)

Que, cabe precisar, que al tener el APORTE naturaleza tributaria, y considerando que la Ley General de Electrificación Rural en su Artículo 9° designa al Ministerio de Energía y Minas, mediante la Dirección Ejecutiva de Proyectos, como acreedor del mismo, es este último quien resulta competente para determinar los sujetos que se encuentran exceptuados del pago del APORTE”.

Según se observa, OSINERGMIN identificó que el cargo dispuesto por la Ley es un subsidio que deben pagar los consumidores de electricidad del Sistema Interconectado Nacional para financiar la electrificación de los Sistemas Aislados, es decir, el servicio de los sistemas que no se encuentran interconectados al sistema nacional. De este modo, el costo del servicio en los sistemas aislados no está siendo cubierto en su integridad por los usuarios de estos sistemas, sino por usuarios del sistema interconectado nacional, con lo cual no existe un subsidio cruzado. Adicionalmente, OSINERGMIN señaló que el acreedor del referido cargo es el Ministerio de Energía y Minas, y que las empresas suministradoras de electricidad son las recaudadoras del mismo. En función de ello, OSINERGMIN concluyó que este cargo tiene naturaleza tributaria.

El hecho que un subsidio tenga naturaleza tributaria produce consecuencias jurídicas importantes. Entre ellas, es evidente que cualquier subsidio de naturaleza tributaria debe ser creado y solo puede ser modificado mediante Ley del Congreso, de conformidad con el artículo 74° de la Constitución Política. Por este motivo, su creación y estructuración no depende de la decisión de la autoridad reguladora. Asimismo, los subsidios de naturaleza tributaria no están sujetos al pago de tributos.

4. Subsidios, igualdad/discriminación y competencia

Conjuntamente con la naturaleza jurídica, otro tema relevante en esta materia es que los subsidios

dejan de lado la regla de igualdad de las tarifas, en virtud de la cual los precios a ser cobrados por un Servicio Público a los distintos usuarios deben ser iguales y diferenciarse solo en función de razones objetivas, como podría ser, por ejemplo, la existencia de distintos costos de provisión del servicio a cada usuario o la identificación de distintas elasticidades de demanda de los usuarios que permita identificar la posibilidad de cobrarles tarifas distintas sin que ello afecte la eficiencia en el mercado²⁰.

Como ya se ha explicado, en el caso de los subsidios cruzados se cobran tarifas distintas entre grupos de usuarios, para que unos cubran parte de los costos de prestación del servicio a otros, con lo cual los costos de prestar el servicio al grupo que paga la menor tarifa no son menores e incluso podrían ser mayores. En tal situación, la existencia de la estructura tarifaria con subsidios cruzados podría ser una manifiesta ruptura de la regla de igualdad antes indicada, salvo que pudiera demostrarse que dicha estructura tarifaria se sustenta en que los usuarios tienen distintas elasticidades de demanda y, en particular, que los usuarios a quienes se aplica la menor tarifa tienen una demanda bastante elástica y fácilmente dejarían de utilizar el servicio si se les cobrara una tarifa mayor. No obstante, aún de poder demostrarse esto último para justificar que se le cobre un precio menor a ese grupo de usuarios, seguiría siendo complicado sustentar la razón por la cual se obliga a los otros usuarios a soportar la carga de financiar a aquellos con una demanda más elástica. Por esto, los subsidios encuentran su sustento en otras razones, como la equidad según se ha explicado inicialmente.

Al respecto, se ha señalado que a diferencia de las razones económicas para dejar de lado la regla de igualdad de las tarifas (que se sustentan en lógicas de eficiencia y maximización de beneficios económicos), las razones de equidad pueden dar lugar a resultados ineficientes desde el punto de vista económico, pues las diferenciaciones de tarifas se deben a la maximización de beneficios políticos o socialmente orientados. Por ello, se comenta que las medidas tarifarias de equidad no deben estar alejadas de la economía de las empresas operadoras ni tampoco desvincularse por completo del uso eficiente de los aportes que

²⁰ Al respecto, se ha señalado que la diferenciación tarifaria no es indebida (con lo cual no vulnera los principios de igualdad contemplados por los sistemas legales) cuando responde a racionalidades económicas, ya sea porque la empresa incurre en distintos costos al atender a cada tipo de cliente o porque los clientes tienen distinta elasticidad de demanda y pueden tener disposiciones de pago distintas. En ambos casos se trata de justificaciones del trato diferenciado que involucran un comportamiento eficiente y, por tanto, hacen admisible la diferenciación. Pierce, R. y Gellhorn, E. *Regulated Industries in a Nutshell*. Tercera Edición. (West Publishing Co., 1994). pp. 164-165.

hacen los otros usuarios del servicio (en el caso de los subsidios cruzados) o los contribuyentes (en el caso de los otros tipos de subsidios)²¹.

Asimismo, se ha planteado de modo crítico que las razones de equidad no deben sustentarse, por ejemplo, en el carácter esencial que pudieran tener servicios como el suministro eléctrico o los servicios de telecomunicaciones, en tanto que otros bienes de carácter básico para la subsistencia humana (como el pan o la leche) no tienen precios diferenciados por decisión de la autoridad ni que dependen de las condiciones particulares del comprador²².

En consecuencia, el sustento de los subsidios en razones de equidad debe mantenerse siempre dentro de lo razonable y no perder de vista, en lo posible, los criterios de eficiencia.

El último aspecto que se debe comentar es que los subsidios pueden ser creados por la empresa operadora de Servicios Públicos dentro de su política tarifaria y sin que la diferenciación de tarifas sea definida por el marco legal. En tal caso, el riesgo que puede presentarse es que se genere ese tipo de subsidios para depredar otros mercados, es decir, para perjudicar a los competidores, y no por razones de equidad como las antes indicadas²³.

Lo anterior puede ocurrir cuando la empresa que brinda el Servicio Público actúa también en otros mercados relacionados (verticalmente integrados) o adyacentes, en los cuales participa en competencia con otras empresas. En estas situaciones se percibe el riesgo que la empresa pueda aplicar una política de subsidios utilizando los recursos provenientes de sus actividades en el mercado del Servicio Público en que tiene exclusividad o es monopolio, para financiar precios muy reducidos (o que no cubren los costos) en los mercados relacionados donde participa en competencia²⁴. Algo similar podría ocurrir si la empresa brinda un servicio que es insumo para todos los competidores que actúan en actividades aguas abajo, incluyéndose a sí misma, y decide cobrar precios mayores por el insumo a sus competidores, financiando así un precio menor

para sí misma. En ambos escenarios los subsidios son utilizados con fines anticompetitivos.

Frente a tales riesgos, los sistemas legales pueden optar por impedir ese tipo de subsidios, estableciendo una prohibición legal explícita. Un ejemplo de este tipo de prohibiciones se encuentra en la Ley del Sistema Portuario Nacional, que establece distintos principios que los operadores portuarios deben cumplir, entre los que se encuentran los siguientes:

“14.3 En el ejercicio de las actividades y los servicios portuarios en los puertos de uso público, los integrantes del sistema portuario nacional observan los siguientes principios:

a) Libre competencia

Están prohibidas las prácticas que constituyan abuso de posición de dominio o que sean restrictivas de la libre competencia.

b) No discriminación e igualdad ante la Ley

Los Administradores Portuarios están prohibidos de aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que creen situaciones desventajosas entre Usuarios del Puerto u Operadores Portuarios que sean competidores.

No pueden existir diferencias en las condiciones legales a que se encuentran sujetos los Operadores Portuarios, cuando compiten en la prestación del mismo servicio con los Administradores Portuarios.

c) Neutralidad

Los Administradores Portuarios que presten servicios portuarios esenciales directa o indirectamente, o que tengan una posición dominante en algún mercado derivado de la explotación de la Infraestructura Portuaria, están prohibidos de valerse de tales situaciones para prestar otros servicios en condiciones más ventajosas que la de sus competidores.

d) Prohibición de transferencias de precios

Los Administradores Portuarios no deben utilizar los ingresos provenientes de las actividades o

²¹ SACRISTÁN, Estela. Régimen de las Tarifas de los Servicios Públicos: Aspectos Regulatorios, Constitucionales y Procesales (Editorial Abaco, 2007), pp. 152-153.

²² SACRISTÁN, Estela. Op. Cit., p. 155.

²³ HEALD, Op. Cit., pp. 599-560. Pierce y Gerllhorn, Op. Cit., pp. 167-168.

²⁴ Si bien la actividad de Servicio Público con carácter exclusivo o de monopolio seguramente tendría tarifas reguladas que impedirían que la empresa cobre precios excesivos y obtenga por esta vía recursos para subsidiar precios predatorios en los mercados en competencia, el subsidio podría darse si la empresa logra trasladar parte de los costos correspondientes a los servicios en competencia como costos del Servicio Público con carácter monopólico, para que sean reconocidos y pagados a través de la tarifa regulada, con lo cual sus precios en los mercados en competencia no reflejarían sus costos efectivos.

servicios portuarios para transferir precios a otros servicios portuarios que presten”.

Los principios anteriores involucran la prohibición explícita de aplicar subsidios cruzados entre los precios de los servicios que se presten bajo cualquier régimen (régimen regulado y en competencia), así como la posibilidad de aplicar precios diferenciados que pudieran colocar en situación desventajosa a competidores.

De otro lado, si la regulación sectorial no contemplara una prohibición como la antes comentada, siempre existe la posibilidad de investigar y, de ser el caso, sancionar la creación de esquemas de subsidios predatorios como un acto de abuso de posición de dominio de efecto excluyente, aplicando el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; en particular, aplicando la prohibición de **“conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”** (literal h del numeral 10.2 de la referida norma).

En tal sentido, la utilización de subsidios con fines anticompetitivos en mercados relacionados o integrados verticalmente a actividades de Servicios Públicos puede ser controlada ya sea con limitaciones previstas en la regulación sectorial o en todo caso aplicando las normas de libre competencia.

5. Conclusión

Según se ha explicado, si bien una de las reglas básicas de la fijación de tarifas de Servicios Públicos es evitar los subsidios, éstos se utilizan de modo bastante común tanto en el extranjero como en el Perú. Siendo esta la situación, es de gran utilidad identificar las características distintivas de los subsidios más usuales, para definir luego su naturaleza jurídica y sus efectos según sean creados por decisión del Estado o de las propias Empresas Operadoras.

Los subsidios financiados a través de la imposición de cargas a determinados agentes del mercado que no califican como usuarios del servicio a subsidiar, constituyen una excepción al principio de suficiencia de las tarifas reguladas, pues los costos del servicio no son cubiertos en su integridad por la tarifa que se cobra a los usuarios. Estos subsidios tienen naturaleza tributaria, ya que son financiados

por terceros distintos a los usuarios del servicio y su acreedor es el estado o una entidad estatal. Por ello sólo pueden ser creados y modificados por Ley expresa del Congreso, no pudiendo ser creados o estructurados por las autoridades reguladoras de tarifas del sector.

De otro lado, los subsidios cruzados que son financiados por un grupo de usuarios del servicio sí cumplen con el principio de suficiencia, pues la tarifa pagada por esos usuarios compensa la menor tarifa pagada por otros usuarios del servicio modo que la sumatoria de las tarifas cubre la totalidad de los costos de los servicios prestados. Sin embargo, los subsidios cruzados constituyen una excepción al principio de eficiencia de la regulación de tarifas, ya que las tarifas cobradas a ciertos usuarios no cubren el costo de provisión del servicio, mientras que las tarifas aplicadas a otros superan los costos de provisión y con ello las no cumplen plenamente la función de los precios en el mercado, como señal para la asignación eficiente de los recursos.

Los subsidios cruzados tienen naturaleza de tarifa regulada, pues son financiados por usuarios del servicio que recibe el financiamiento y su acreedor es la empresa operadora del Servicio Público. Al tratarse de tarifas reguladas, la estructuración de los subsidios cruzados se encuentra en manos de las autoridades reguladoras de tarifas.

Los subsidios no pueden justificarse de modo adecuado por racionalidades de carácter económico (costos o elasticidades de demanda), debiendo ser sustentados en razones de equidad (atención de usuarios con menores recursos, zonas geográficas deprimidas, lógicas de servicio universal). Sin perjuicio de ello, la justificación de subsidios basada en razones de equidad debe mantenerse siempre dentro de lo razonable y no perder de vista en lo posible los criterios de eficiencia.

Finalmente, si bien las empresas que realizan actividades de Servicios Públicos en condiciones de exclusividad o con carácter de monopolio pueden tratar de crear esquemas de subsidios para solventar sus tarifas en mercados donde participan en competencia, con la finalidad de depredar estos mercados, dichos intentos pueden ser controladas ya sea a través de prohibiciones expresas contempladas en la regulación sectorial o, en todo caso, aplicando la prohibición de actos de abuso de posición de dominio contenida en las normas de libre competencia.