

Potenciales riesgos en la capacidad de gestión del Sistema Regulatorio Peruano¹

Sergio Cifuentes Castañeda*

SUMILLA

Transcurridos más de quince años de experiencia regulatoria peruana, el presente artículo repasa brevemente los supuestos y resultados del modelo adoptado en el Perú, así como los principales riesgos que podrían afectar la capacidad de Gestión de los Reguladores. Para tales efectos, se hace énfasis en lo administrativo a las limitaciones de la autonomía presupuestal, y en lo técnico a los riesgos y desventajas del uso del sistema arbitral para la revisión de los desacuerdos entre el Estado y las empresas reguladas².

1. Reformas estructurales – marco institucional

A inicio de los noventa, junto con el proceso de pacificación, el Perú implementó un primer conjunto de reformas estructurales, considerando para dicho proceso las recomendaciones de política económica dictadas por el llamado “Consenso de Washington”, siendo la más importante en ámbito sectorial la privatización de las principales empresas públicas. Dicho proceso buscaba la asignación de recursos a través de una economía de mercado, siendo el sector privado el organizador del proceso productivo.

El proceso de privatizaciones generó importantes compromisos de inversión y fue una de las principales fuentes de financiamiento de la inversión pública y los déficits fiscales hasta 1996³. Para la implementación de estas reformas sectoriales se consideró el desarrollo de un marco normativo que garantice las inversiones y genere los incentivos correctos a la inversión privada, consolidando el modelo con

dos elementos relacionados: el establecimiento de contratos de concesión con categoría de contratos-ley y el diseño e implementación del sistema regulatorio.

Se entiende del proceso de reformas que las mejoras en los indicadores de desempeño de los diversos sectores deben ser el resultado de la labor que realiza, de un lado, el sector privado (procesos de inversión, desarrollo de estrategias comerciales) y del otro, el Estado con la definición e implementación del marco regulatorio⁴, el cual se centra en facilitar y salvaguardar las condiciones de competencia en los segmentos donde esta es posible, y regular aquellos mercados donde esta competencia no existe o es poco intensiva.

El Sistema Regulatorio se soporta sobre el marco institucional del país, estando los Organismos Reguladores adscritos a la estructura del gobierno. El régimen regulatorio se encuentra, a su vez, determinado por dos componentes de nivel general, el marco legislativo aplicado a cada uno de los

* Magíster en Economía con especialización en Regulación de los Servicios Públicos, Universidad de Barcelona, España. Subgerente de Regulación en OSIPTEL.

¹ Documento elaborado con el aporte de los economistas Jorge Trelles (Coordinador de Finanzas y Contabilidad Regulatoria del OSIPTEL) y Roxana Fernández (Estudiante de Doctorado en Economía en la Universidad de Tilburg).

² Para todos sus efectos, el presente artículo expresa únicamente la opinión personal del autor, no representando bajo ningún contexto opiniones institucionales.

³ En el periodo 1991-1996, se realizaron más de 130 privatizaciones por un valor de US\$ 7,000 millones (venta de acciones y activos de empresas), las mismas que aseguraron proyectos de inversión por US\$ 7,000 millones. Asimismo, el gobierno recibió en efectivo US\$ 5,000 millones y US\$ 343 millones en papeles. (Memoria anual del BCRP, 1996).

⁴ Una revisión de los objetivos de la intervención del Estado, en específico, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos, se encuentra en Cave y Baldwin (1999), documento que resalta las necesidades de intervención en industrias de servicios que se caracterizan por presentar características tecnológicas que determinan estructuras con altos niveles de concentración.

sectores (leyes de la Nación, Decretos Legislativos y Ministeriales) y lo establecido como obligaciones en los diversos contratos de concesión.

En el marco institucional existen dos aspectos relevantes a tomar en cuenta en materia de temas regulatorios:

- o **Favoritismo o captura de la regulación:** El uso del poder coercitivo del Estado a través de la regulación por parte de grupos de interés.
- o **Oportunismo:** La expropiación de cuasirentas de empresas mediante un cambio en las reglas de juego. Falla de la regulación en crear la credibilidad necesaria para promover la inversión en estas industrias.

Estos temas configuran un escenario donde existe un riesgo de “captura” para el Regulador (Stigler; 1971, Laffont y Tirole; 1993), riesgo que se acentúa en la medida que la gestión regulatoria se aleja de un manejo técnico y se aproxima a un manejo político. En línea con STIGLER, la noción de “captura” hace referencia a la utilización de parte de cierto grupo de interés, del poder coercitivo que tiene una entidad para así conseguir rentas privadas a su favor. Complementariamente, MARTIMORT (1999) muestra el riesgo de captura como un problema temporal. Para el autor, el nivel de vulnerabilidad de una institución frente a la captura aumenta con el tiempo⁵.

Por ello, era claro que en el proceso de reformas sectoriales se requería de un marco regulatorio creíble, el mismo que debía especificar los mecanismos de fijación de precios, los mecanismos imparciales de resolución de conflictos y los mecanismos específicos para el desarrollo de incentivos en el marco del diseño e implementación de la institucionalidad regulatoria. Bajo dichas consideraciones, la principal estrategia para promover el cumplimiento de dichos requisitos en el proceso de reformas sectoriales implicó los siguientes elementos en el diseño e implementación de la institucionalidad regulatoria:

- o Especificación de las responsabilidades de la agencia reguladora.
- o Sistema de toma de decisiones basada en una estructura colegiada: conformación de consejos directivos especializados.
- o Especificación de criterios objetivos de remoción de directores.

- o Profesionalización de cuadros.
- o Adecuada remuneración de sus cuadros.
- o Independencia funcional y operativa del Regulador.
- o Autonomía presupuestal.
- o Transparencia en los actuados e Información sobre las diversas decisiones regulatorias: procedimientos claramente difundidos.
- o Difusión de naturaleza de las actividades realizadas por el Regulador.
- o Usar la contraposición de intereses mediante mecanismos como las audiencias públicas.
- o Canales naturales de supervisión del Ejecutivo y del Congreso de la República: asistencia de consultas, opiniones, presentaciones ante Comisiones Parlamentarias, reportes, etc. Los procesos de rendición de cuentas reducen los comportamientos comprometidos con intereses del regulado.
- o Revisión judicial de resoluciones por parte de jueces adecuadamente calificados.

Luego de casi dos décadas de implementación del nuevo modelo sectorial, la prestación de los diversos Servicios Públicos en el Perú ha experimentado un desarrollo sustantivo. De la revisión de los diversos indicadores de desempeño se registra un incremento en los niveles de cobertura geográfica, incremento en los niveles de acceso a los diversos servicios, incremento de la gama de servicios ofrecidos, introducción de mejoras tecnológicas, incremento en niveles de calidad, reducciones tarifarias e incremento del consumo.

Entérminos generales, el nivel de inversión agregado en las industrias de Servicios Públicos (saneamiento, transportes, energía y telecomunicaciones) pasó de 1382 millones de dólares en el año 2000 a 3121 millones en el año 2009, registrándose con ello una tasa de crecimiento total del 126% en dicho período. De manera similar, el nivel de ingresos agregado en las industrias de Servicios Públicos creció de 3798 millones de dólares en el año 2000 a 8658 millones, en el año 2009, registrándose con ello una tasa de crecimiento total del 128% en dicho período.

No obstante lo avanzado, una omisión o mal funcionamiento de cualquiera de las variables o atributos exigidos en el diseño institucional descrito representa un riesgo que potencialmente afectaría la buena gestión y control en el diseño e implementación de las políticas de los organismos

⁵ El autor considera que al inicio, cuando el interés y la supervisión del poder legislativo y de los ciudadanos aún son fuertes, y la motivación de los agentes es alta, el riesgo de captura es pequeño y el encargado de la toma de decisiones suele actuar a favor del interés público. Sin embargo, una vez que disminuye el interés en el debate público, y el contacto entre los agentes involucrados se vuelve costumbre, el sistema institucional es más vulnerable a la captura de los intereses privados de la industria.

reguladores, y con ello el adecuado desarrollo de sus indicadores de desempeño. En dicha línea, y optando por dos aristas, en el presente artículo se considera, en lo administrativo, a las limitaciones de la autonomía presupuestal y en lo técnico a los riesgos y desventajas del uso del sistema arbitral para la revisión de los desacuerdos entre el Estado y las empresas privadas.

2. Riesgo de la capacidad de gestión administrativa

Respecto del primer punto, es importante iniciar recordando que han transcurrido más de diez años de congelamiento en la estructura salarial aplicable a las agencias de regulación en el Perú, proceso sumado a varios años de implementación de constantes políticas anuales de austeridad y control presupuestal, regímenes que ponen en riesgo la capacidad de gestión de los reguladores, o en su defecto, generan el uso de esfuerzos y recursos importantes para minimizar sus efectos, por ejemplo, vía el desarrollo de gestiones y procesos para la realización de solicitudes de exoneración parcial o total a dichas normas.

Como un indicador global de la importancia de la capacidad de manejo presupuestal de un regulador, podemos señalar, a manera de ejemplo, que a la fecha, en el sector telecomunicaciones, una institución con un presupuesto no mayor a los 17 millones de dólares debe regular y supervisar una industria que ha pasado de una dimensión de 800 millones de dólares en valor de producción a un nivel aproximado de 4700 millones de dólares. Más específicamente, la relación entre el valor del sector y el presupuesto del regulador ha pasado de una relación de 80/1 a una relación aproximada de 256/1. En términos de número de suscripciones, se pasó de un mercado con menos de 2 millones de líneas de voz a un mercado con más de 30 millones, alternativamente, de un mercado de menos de 10 mil millones de minutos a uno de más de 30 mil millones de minutos de comunicación.

No obstante, los retos que han venido asumiendo los organismos reguladores como resultado de la evolución de dicha relación, son cada vez mayores. Los procesos que aproximan su funcionamiento presupuestal aplicable a las instituciones que operan bajo un régimen público, régimen aplicable a instituciones que basan su financiamiento en los fondos del tesoro. Una de las más claras muestras de reducción de la autonomía financiera se dio con la incorporación de los reguladores al

Sistema Integrado de Administración Financiera del Ministerio de Economía, lo que involucra que, para decidir en qué momento y cuánto gastar, los Reguladores requieren de una autorización externa, lo cual se traduce en una evidente pérdida de autonomía.

De esta manera, a pesar de que el presupuesto de las agencias de regulación se define como autónomo, los procesos de adquisiciones y contrataciones pasan por la totalidad de los procesos y filtros de control naturalmente diseñados para los gastos del Estado financiados por el tesoro, generándose lo siguiente:

- o Afectación de la oportunidad en la contratación de bienes y servicios debido a la mayor complejidad y duración de los procesos de adquisiciones y contrataciones del Estado. Es decir, ante imprevistos, los reguladores pueden no contar con diversas herramientas o soportes externos en los momentos más necesarios. Las fechas efectivas dependen mucho del proceso logístico y de las condiciones vigentes en las leyes de presupuestos y/o Decretos de austeridad emitidos por el Ejecutivo, los cuales, cuando son emitidos pueden paralizar lo planificado.
- o La demora y/o cancelación de los procesos de contratación de bienes y servicios contribuyen a su vez a la demora y/o imposibilidad de adopción de ciertos tipos de políticas. La imposibilidad de resolver determinados problemas sectoriales terminan afectando la imagen y credibilidad de la labor de los reguladores.
- o Las normas de austeridad, así como la mayor complejidad de los procesos de adquisiciones y contrataciones, pueden limitar en determinados momentos las capacidades de ejecución presupuestal. Bajo dicho contexto, se incrementa la probabilidad que las agencias de regulación generen excedentes económicos por los recursos que no se llegan a asignar. La existencia y acumulación de excedentes presupuestales (fondos no gastados) también afecta la imagen y credibilidad de la labor de los reguladores.

Complementariamente a lo relacionado con los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, la aplicación de las normas de austeridad extendidas a las agencias de regulación ha afectado la capacidad de mantener y promover mecanismos de incentivos laborales que garanticen el profesionalismo, previsto en el proceso de reformas estructurales.

- o Se ha reducido sustantivamente la capacitación en centros internacionales de alto nivel internacional.
- o La estructura de sueldos aplicables a las agencias de regulación se encuentra congeladas desde hace más de diez años.
- o Las remuneraciones del sector público han perdido importantes niveles de competitividad versus sus contrapartes del sector privado, manteniéndose además totalmente ajenos a la tendencia promedio de los ingresos en la economía.
- o Los bajos incentivos en capacitación y mejora salarial determina altos índices de rotación, jóvenes profesionales que adelantan su salida a estudios y funcionarios que migran a otros ámbitos laborales.
- o La afectación del régimen de incentivos laborales es ya conocida por los jóvenes profesionales, lo que desincentiva su decisión de participar en los concursos laborales, lo que incrementa el riesgo de un sesgo de selección negativo.
- o La afectación de los incentivos en los jóvenes con talento incrementa los costos de búsqueda del Regulador.
- o La estructura salarial constante afecta sustantivamente el ingreso real de los funcionarios, especialmente en épocas de crecimiento económico como la registrada en la economía peruana en los últimos diez años.

De otro lado, es importante resaltar que los reguladores, en paralelo a los procedimientos regulatorios que administran, son parte en diversos procesos que se desarrollan en la sede judicial o en los tribunales arbitrales. En el primer caso, los procesos se derivan por expedientes que pueden haber sido iniciados a solicitud de usuarios o empresas denunciadas, agentes que se consideran afectados por alguna de las decisiones del regulador, mientras que en el segundo caso los procesos se derivan por solicitudes de empresas concesionarias.

Además de lo sustantivamente costoso que puede resultar para los Reguladores su participación en los expedientes administrados en las sedes arbitrales, es importante considerar cuáles son los mecanismos de transmisión a través de los cuales las limitaciones presupuestales expuestas pueden afectar sus capacidades de participación:

- o Las normas de austeridad y control presupuestal reducen la flexibilidad para la disponibilidad de los recursos que se necesitarían para las contrataciones del *outsourcing* que ameritan, en los casos más complejos, la estrategia de

defensa, en especial en los procesos arbitrales. Al respecto. Considérese que en determinados casos los tribunales arbitrales solicitan la participación de peritos y/o expertos que contribuyan con las discusiones técnicas.

- o La rigidez de los plazos y etapas en los procesos administrativos dificultan la capacidad de respuesta del Regulador. Dado que, los Reguladores no controlan los plazos y etapas de los procesos arbitrales o judiciales, resulta sumamente difícil el poder calzar dicho proceso con los plazos y etapas que se requieren en las contrataciones del *outsourcing*. Bajo dicho contexto, los Reguladores asumen el alto riesgo de no contar, o contar de manera no oportuna, con el soporte que este tipo de procesos puede requerir para la defensa de sus posiciones.
- o La afectación de los incentivos laborales reduce las probabilidades de permanencia de los profesionales más calificados. Siendo que los procesos arbitrales exigen de profesionales con amplia experiencia y memoria institucional, la salida de profesionales incrementan la capacidad de respuesta y eleva los costos de armado de la estrategia de defensa.
- o La menor capacidad de mantener trabajadores altamente calificados incrementa la probabilidad que estos profesionales, en plazos breves, se encuentren laborando en las propias empresas o en los estudios y consultorías que estas contratan para el planteamiento de sus demandas.

3. Riesgo de la capacidad de gestión técnica

En los últimos meses se ha evidenciado un debate respecto de la conveniencia de emplear el sistema arbitral como mecanismo para la resolución de las disputas que existan entre los Organismos Reguladores y las empresas privadas que operan en sus respectivos sectores. Al respecto, el objetivo de la presente sección es el de exponer la problemática, desarrollando los principales argumentos a tener en cuenta para caracterizar los riesgos y desventajas de dicho mecanismo.

3.1 Cambio en las condiciones del país

Como ya se ha indicado, el nivel de inversiones esperado en el periodo de la reforma estuvo asociado al desarrollo de un marco normativo que garantice las inversiones y asegure la estabilidad de las "reglas de juego", generando los incentivos correctos a la inversión privada. Desde ese entonces, algunos contratos de concesión establecieron,

entre diversas cláusulas particulares, el derecho de la empresa de poder llevar a un arbitraje privado los puntos controvertidos vinculados con las decisiones del Regulador, ello con textos o redacciones iniciales que difieren de manera sustantiva con las experiencias contractuales más recientes.

No obstante, la situación económica, social y política del Perú de los años ochenta y principios de los noventa no resulta comprable con la existente en el Perú en la última década. Desde fines de los noventa el Perú ha registrado un crecimiento sostenido que se ve reflejado en buenos indicadores a nivel macroeconómico (PBI, demanda interna, inflación e inversión directa extranjera), en las constantes mejoras en las acreditaciones de grados de inversión (Moody's Investor, Standard & Poor's y Fitch Ratings), en la mejor clasificación de deuda, entre otros.

Asimismo, los índices de desempleo, analfabetismo y pobreza han disminuido considerablemente, lo cual evidencia una mejora en el bienestar de la población. Todo ello, sumado a una mejora en la institucionalidad del país, la autonomía de diversas organizaciones claves en la política económica y la estabilidad política fruto de gobiernos democráticos consecutivos, han generado un clima propicio para la inversión en el país.

En ese sentido, si bien las garantías a la inversión plasmadas en los contratos iniciales de estabilidad y algunos contratos con fuerza de ley constituyeron un importante instrumento, muchas de estas se pueden encontrar desfasadas y pueden incluso ser innecesarias en las condiciones actuales de la economía peruana. Peor aún, dado los cambios registrados en la estructura de los mercados, alguna de ellas puede representar más bien un serio problema para el desarrollo de la competencia si se toma en cuenta, como se menciona más adelante, las diferencias entre las empresas respecto de sus posibilidades de acción.

En ese sentido, es oportuno que el Estado realice una evaluación detallada de los diversos contratos de concesión con el objetivo de buscar mecanismos que garanticen un trato homogéneo o equivalente donde corresponda. En materia específica a las potestades de acceso al sistema de disputas arbitrales, es claro que no todos los contratos llevan el mismo tipo de contenido o redacción, lo que genera en términos prácticos interpretaciones distintas en el ámbito de los tribunales arbitrales respecto de su grado de alcance o intervención.

3.2 La regulación de servicios: asunto de interés público

Un tema importante a considerar en el análisis de los procesos de arbitraje es el tema de fondo que es motivo de litigio. Al respecto, el mecanismo de arbitraje se encuentra diseñado para conocer fundamentalmente controversias que involucran derechos de libre disposición de las partes, por tanto, no sería el mejor mecanismo para debatir temas de fondo asociados con políticas de Estado o decisiones de "*ius imperium*".

En primer lugar, los temas enmarcados en las relaciones de una empresa regulada y la autoridad regulatoria corresponden a asuntos de interés público y social y, de ninguna forma, pueden considerarse similares a los temas que se suelen tratar en el ámbito del derecho privado. Las decisiones regulatorias son definidas como políticas de interés nacional, las cuales reposan en la potestad del Regulador de controlar posibles abuso de posición de dominio de las firmas e incentivar la competencia, con lo que el objeto de arbitraje no se puede considerar un bien que el Estado posea y lo pueda transar, sino se define como aquella política que se ha realizado para un fin determinado.

En segundo lugar, es importante tomar en cuenta que la lógica detrás de las políticas de Estado o de la regulación sectorial se resume en la maximización del bienestar social, función objetivo que no es considerada por los organismos privados en sus decisiones de formulación de precios o producción.

En esa línea, esta lógica tampoco es considerada dentro de los procesos arbitrales, en donde la decisión del tribunal arbitral - en la mayoría de los casos - no toma en cuenta la diferencia de incentivos existente entre una entidad pública y una privada, siendo ambas partes tratadas como privados, otorgándole al contrato de concesión una visión netamente privatista y no de orden público. Ello ocurre, además, debido a que mayormente el *expertise* de los árbitros reposa en el conocimiento del derecho civil, es decir, en la solución de conflictos que se presentan entre empresas o privados.

En tercer lugar, en una disputa llevada a tribunales arbitrales, el fondo de los procesos se concentra en temas que no solo le competen a las partes litigantes sino que pueden tener repercusiones en otros actores, tales como empresas competidoras, usuarios y otras entidades del sector público. A

pesar de este hecho, los procesos de arbitraje solo consideran las posiciones de las partes litigantes, así como los efectos que tiene la medida en litigio y el laudo arbitral en las mismas, dejando de lado a todos los otros actores (a quienes en diversos casos no se les permite participar). Más aún, en la medida que estos procesos son de carácter confidencial, en muchos casos los demás actores del sector no se pueden enterar de los detalles de estos litigios, bajos ciertas condiciones incluso de la existencia del mismo o de su conclusión.

Por el contrario, procesos llevados a cabo dentro del marco del Poder Judicial permiten la participación de otros agentes que cuenten con legítimo interés en el caso. Es decir, otras empresas, los usuarios o cualquier representante de la sociedad civil pueden presentar sus posiciones y argumentos en el caso a tratar, brindando de esta manera nuevos e importantes elementos de juicio para los tribunales. Asimismo, los demás actores del sector se encuentran informados siempre del estado del juicio, en la medida que dicha información es de carácter público, con lo que pueden adaptar sus expectativas, operaciones y desarrollos a medida que este avance.

En cuarto lugar, es importante resaltar que el establecer garantías a ciertas inversiones llevadas al extremo de neutralizar la acción reguladora vías decisiones arbitrales resulta sumamente riesgoso en tanto las políticas regulatorias son necesarias para asegurar un entorno competitivo en la industria, más aún en industrias con altos niveles de concentración y necesidad de promover condiciones no discriminatorias entre los agentes. Las decisiones arbitrales suelen analizar disputar particulares, contexto bajo los cuales no existe la garantía de una debida internalización de las condiciones globales del sector y sus efectos competitivos.

Si bien la credibilidad del Estado en torno al cumplimiento de normas y contratos es indispensable para la atracción de inversiones, es importante preservar también la credibilidad del Sistema Regulatorio para establecer políticas acorde a las condiciones actuales del mercado. Dicha credibilidad depende de su independencia para la toma de decisiones y su efectividad en la implementación de las mismas. La credibilidad sectorial se rompe cuando las decisiones salen de un enfoque de análisis global para focalizarse en lógicas particulares.

El diseño de políticas del regulador se basa en un análisis acucioso sobre las condiciones de

competencia del mercado, el nivel de acceso a los servicios, el avance tecnológico, las barreras a la entrada y las prácticas anticompetitivas realizadas por las empresas, entre otros. Si las políticas implementadas que resultan de este análisis son puestas en cuestión por un proceso ajeno, no solo no se garantiza la calidad regulatoria sino que la reputación del Regulador como encargado de velar por el desarrollo del mercado y el bienestar de los consumidores, se ve afectada, proceso que se agudiza debido a la confidencialidad de los procesos.

Precisamente, el poder de decisión que se otorga a los árbitros una vez que un proceso regulatorio entra al sistema de arbitraje afecta en cierta medida la autonomía del regulador, ya que las decisiones del Regulador son reemplazadas por las decisiones de los árbitros sin que éstas puedan someterse casi a ningún control o fiscalización. Por lo expuesto, es de alta importancia una clara especificación del ámbito de acción de los procesos arbitrales, evitando su participación en los temas que corresponden al campo de acción de los reguladores.

3.3 El riesgo de la captura

La existencia de altos niveles de concentración configura intereses muy grandes por parte de los operadores con mayor poder de mercado por mantener las rentas que se derivan de su posición. La existencia de dichas rentas, según la teoría económica, crea incentivos sobre la empresa a ejercer la "captura" de quienes tienen poder de decisión sobre la regulación de sus servicios. En línea con STIGLER (1971), la noción de "captura" hace referencia a la utilización de parte de cierto grupo de interés, del poder coercitivo que tiene una entidad para así conseguir rentas privadas a su favor.

MARTIMORT (1999) muestra el riesgo de captura como un problema temporal. Para el autor, el nivel de vulnerabilidad de una institución frente a la captura aumenta con el tiempo. Así, al inicio, cuando el interés y la supervisión del poder legislativo y de los ciudadanos aún son fuertes, y la motivación de los agentes es alta, el riesgo de captura es pequeño y el encargado de la toma de decisiones suele actuar a favor del interés público. Sin embargo, una vez que disminuye el interés en el debate público, y el contacto entre los agentes involucrados se vuelve costumbre, la institución es más vulnerable a la captura de los intereses privados de la industria.

En el caso del Arbitraje Local, los agentes involucrados solo son las partes litigantes pues todos aquellos que presentan legítimo interés son excluidos del proceso, como ya se mencionó anteriormente, lo que se traduciría en el contacto exclusivo entre la empresa litigante y el Tribunal, incrementando el nivel de vulnerabilidad del Tribunal frente a la captura. De la revisión de la literatura económica (STIGLER (1971), GUASH y SPILLER (1999), BOEHM (2005)), se puede listar una serie de factores que facilitan la captura en una industria regulada. A continuación, se analizará si dichos factores se cumplen en el sistema de arbitraje y en qué medida.

El sistema de arbitraje cumple parcialmente el primer punto. Ello debido a que, si bien dicho sistema posee reglas claras y transparentes en relación al proceso mismo, como la selección de árbitros y los pasos a seguir dentro del procedimiento, no existen condiciones claras sobre el proceso de toma de decisiones de los árbitros.

Más específicamente, se considera que no existen medios suficientes para discutir y analizar si las decisiones emitidas por los árbitros son debidamente sustentadas o si han pasado por un justo proceso de debate, pudiendo presentarse actuados finales o parciales –como las medidas cautelares– que bajo la óptica de los Reguladores no han tenido un debido proceso de debate y justificación, escenario que, dada las implicancias sectoriales, resulta sumamente riesgoso.

Sin reglas claras y transparentes que aseguren un debido sustento a la hora de la toma de decisiones, el riesgo de captura aumenta. Esto último está altamente relacionado a la total discreción que poseen los árbitros, segunda condición de la lista. Dado que los árbitros pueden emitir sus decisiones sin el sustento esperado, se hace más fácil decidir a favor de un agente sin tener que explicar las razones de su decisión. Al respecto, hay que tener en cuenta que las causales taxativas que la Ley prevé para la anulación de los Laudos Arbitrales ante el Poder Judicial no incluyen los casos en que tales Laudos se hayan emitido sin sustento o sin motivación alguna.

Si el alcance de intervención lo permite, el sistema de arbitraje presenta un alto margen de discreción en tanto la toma de decisiones regulatorias recae por completo en los árbitros designados y se basa en el análisis del sector que ellos realicen, análisis que necesariamente requiere de conocimiento especializado así como de la experiencia jurídica necesaria en temas de derecho público como la regulación de los servicios públicos.

El alto grado de discreción facilita que los diversos tribunales arbitrales puedan decidir con amplios grados de libertad sobre la clasificación de los puntos en disputa como materia arbitral o materia no arbitral. Al respecto, si bien los Reguladores pueden defender su autonomía tratando de focalizar el desarrollo de los arbitrajes en lo referido al cumplimiento del debido proceso administrativo, lo cierto es que normalmente los tribunales descartan dicha propuesta de línea de división y aceptan como materia arbitral el análisis de temas que, bajo la experiencia de los reguladores, representan parte del marco de sus decisiones y que involucran un alto dominio de los temas técnicos.

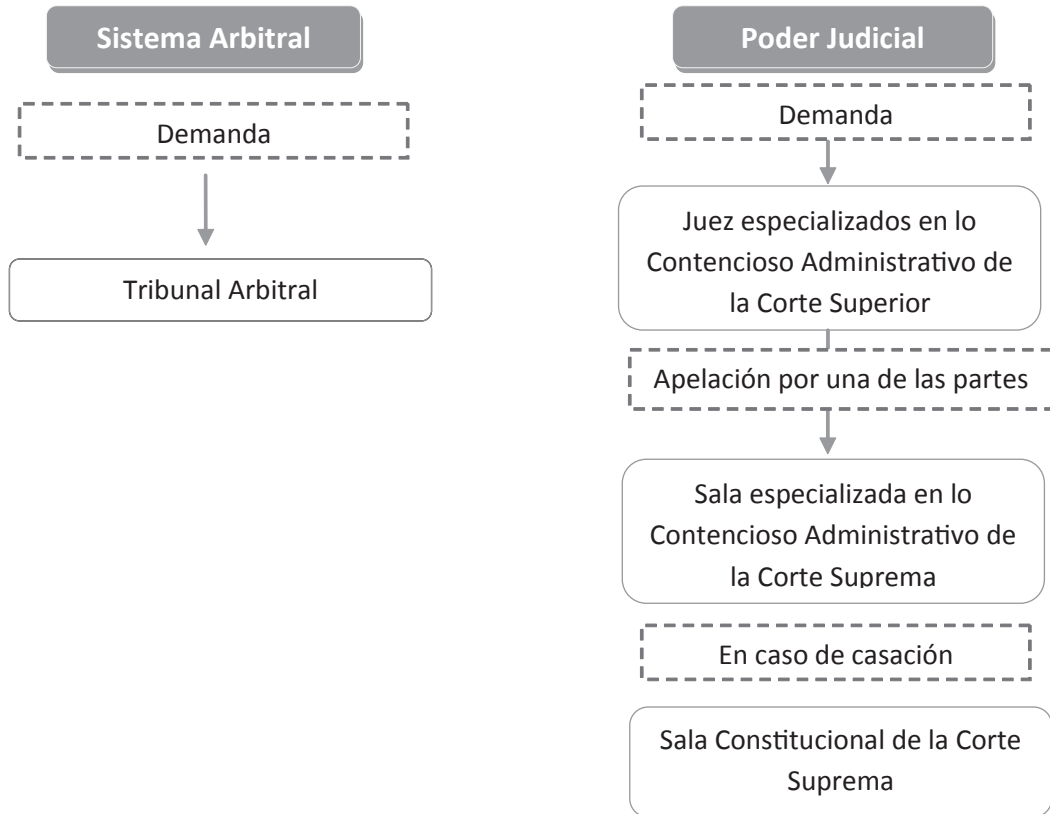
El alto grado de discreción se sustenta, además, en que el laudo emitido por el Tribunal Arbitral es considerado inapelable, es decir, una vez tomada la decisión, las partes involucradas deben someterse y cumplir lo que se ordene. Si bien ello podría resultar conveniente cuando se trata de resolver controversias entre privados, no resulta así cuando el objetivo es resolver una controversia entre el Estado y las empresas reguladas o supervisadas. A diferencia del proceso de arbitraje, el Poder Judicial tiene instancias superiores a las que se puede apelar.

Accountability La decisión tomada por el Tribunal Arbitral no se encuentra sujeta a ningún tipo de supervisión o alguna revisión que desincentive al árbitro a tomar una decisión a favor de una de las partes sin tener un debido sustento. Como ya se indicó, para los árbitros no existen instancias adicionales que hagan una revisión exhaustiva sobre el fondo del caso tratado, como sí sucede en el Poder Judicial. Si existiera un sistema de supervisión que genere costos a los árbitros, el riesgo sería mucho menor.

GASMI et al. (2006), mediante un trabajo empírico, analizan la conexión entre las características institucionales de un país y el gobierno de la regulación de telecomunicaciones. Los autores encuentran que entre mayor sea la rendición de cuentas políticas mejor será el desempeño de la regulación. Específicamente, muestran que para los países en desarrollo la rendición de cuentas local y global impacta positivamente en la penetración de líneas fijas y, en menor magnitud, de líneas móviles. Si ello aplica para el Regulador, habría que evaluar por qué no aplica para un proceso de arbitraje relacionado al establecimiento de políticas regulatorias de interés nacional.

Así, a diferencia del Regulador y el Poder Judicial, entidades en constante interacción con otros

Figura N° 1
Instancias de apelación del sistema de arbitraje y el Poder Judicial



poderes del Estado, con las asociaciones de usuarios, las asociaciones conformadas por las empresas y entidades internacionales; el Tribunal Arbitral mantiene sus procesos con absoluta exclusividad y reserva, lo cual, si bien podría sumar a favor de la celeridad del proceso, refleja la inexistencia de un sistema de *accountability*, entendida como el proceso a través del cual las instituciones se ven ante la exigencia de sustentar y validar sus decisiones frente a otros agentes que siguen de manera cercana el desarrollo de sus actividades.

Al ser la Cámara de Comercio de Lima prácticamente el único centro designado para la solución de controversias, habría que analizar si ello podría aumentar la probabilidad de que se designen árbitros bajo un vector de opciones reducido, lo que podría incrementar a su vez la probabilidad de captura. Según Guash y Spiller (1999), un contacto frecuente entre los agentes involucrados puede reducir los costos de transacción pero incrementaría el riesgo de captura.

En suma, como se observa, las condiciones que incrementan el riesgo de captura se presentan de manera total o parcial dentro del sistema

de arbitraje, por lo que esta problemática debe ser considerada al analizar la idoneidad de este sistema. Así, se reconoce que la captura puede ser un factor determinante de las resoluciones que se dan como resultado de procesos arbitrales, de manera que puede interferir con la tarea del regulador como entidad independiente y con los procesos regulatorios que son fundamentales en el desarrollo del país. Si bien en el Poder Judicial dicha posibilidad no se elimina, consideramos que el mayor entendimiento del rol del Estado en estos litigios y las mayores exigencias de *accountability* permitirían un mejor control de dichos riesgos.

3.4 Percepciones de trato discriminatorio

En los mercados regulados no todas las empresas tienen la facultad de llevar un proceso regulatorio a arbitraje, o más preciso aún, no todas las cláusulas son iguales, existiendo espacio para interpretaciones distintas respecto del alcance de los procesos. Así, mientras algunas empresas encierran espacio para interpretaciones amplias, muchas empresas encuentran que la cláusula arbitral no es aplicable a *“aquellas materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las autoridades gubernamentales”*.

Ello ha generado en la práctica un desbalance en el mercado y una percepción de trato discriminatorio en la medida que, aquellas medidas regulatorias establecidas por un Regulador para todas las empresas pueden ser apeladas en una instancia independiente al Poder Judicial únicamente por ciertas empresas, convirtiendo un proceso global en uno particular. La interpretación más extensa de la exclusividad que pueden encontrar algunas empresas sobre el uso del sistema arbitral puede generar un incentivo perverso para que éstas utilicen este proceso de manera frecuente, a tal punto que pueda representar en la práctica una estrategia esperada, un evento a ser internalizada con alta probabilidad en los procesos regulatorios.

3.5 Jurisprudencia no tratada y mecanismos de presión empresarial

El incremento de las experiencias arbitrales genera dos problemas adicionales:

- o Jurisprudencia en decisiones regulatorias fuera del ámbito de control del organismo regulador.
- o Incremento de los incentivos de las empresas para, dadas las desventajas antes descritas, intentar presionar al regulador en el sentido de adoptar las posiciones planteadas por la empresa a lo largo de los diversos procesos regulatorios frente a una posible amenaza o advertencia de arbitraje.

Respecto del primer punto, como ya se ha indicado, los árbitros tienen altos incentivos para que los temas planteados en una demanda arbitral sean efectivamente declarados como "materia arbitral". En ese sentido, los tribunales arbitrales se atribuyen normalmente la potestad de administrar procesos que involucran temas que, desde el punto de vista de los Reguladores representan componentes absolutamente técnicos y propios de sus funciones y responsabilidades.

Este hecho determina entonces que un importante conjunto de decisiones de política regulatoria terminen configurando su jurisprudencia en un fuero que se encuentra absolutamente fuera del control del Regulador. Dicha jurisprudencia no controlada genera a su vez tres problemas:

- o La necesidad de, ante escenarios de duda sobre acontecimientos futuros, tener que recurrir al Tribunal Arbitral para la realización de consultas respecto de la "correcta" interpretación del contenido de sus laudos.

- o El incentivo de las empresas de extender el alcance de los laudos hacia nuevos escenarios, promoviendo con ello discusiones sobre su interpretación que conlleven a los procesos de consultas referidos.
- o Condicionamientos o restricciones en las futuras decisiones del Regulador. El Regulador debe evitar cualquier tipo de decisión contraria a lo establecido por los laudos. Esta situación representa una elevada restricción si se toma en cuenta la alta dinámica tecnológica y/o comercial que podría presentarse, hecho que mantiene en el tiempo el riesgo de que las decisiones regulatorias se vayan adecuando o enmarcando en un escenario de actualización de los laudos arbitrales vía la interpretación, muchas de las cuales podrían resultar altamente forzadas.

El segundo aspecto planteado es el relacionado con los incentivos que se generan en las empresas para utilizar la advertencia de arbitrajes como un argumento adicional en el debate de los procesos frente al Regulador; ello, bajo las suposiciones basadas en factores como el mayor costo relativo de un arbitraje para el regulador y la consideración optimista de sus posiciones sustentadas en la interpretación de sus éxitos en procesos pasados.

3.6 Práctica internacional

Los problemas descritos en los acápites anteriores tienen como resultado que los mecanismos de arbitraje para resolución de disputas entre los operadores y los Reguladores no sea una práctica extendida a nivel internacional. Es así que, mundialmente, podemos apreciar que la mayoría de países no hace uso de Tribunales Arbitrales locales ante controversias con el regulador. Si bien existen procesos de arbitraje entre empresas y países, como vemos a continuación, ellos no ocurren por motivos regulatorios.

En la mayoría de países inscritos en alguna organización internacional, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), entre otros, el recurso de arbitraje internacional es usado como método de solución de las controversias existentes debido a desacuerdos entre las empresas y los gobiernos, dado un pronunciamiento previo de este último.

Ello ocurre debido a que dichas partes han suscrito diferentes tratados de inversión o de inversión bilateral. Sin embargo, en muchos casos no existen cláusulas contractuales que faculten a las empresas a resolver controversias con el Estado en un Tribunal Arbitral Nacional.

Los procesos de arbitraje internacional se encuentran respaldados por instituciones internacionales tales como la Corte Permanente de Arbitraje (PCA, por sus siglas en inglés) o el Centro Internacional de Acuerdo de Disputas de Inversión (ICSID, por sus siglas en inglés). Esta última es una institución autónoma relacionada con el Banco Mundial y comprende más de 140 países. Entre sus actividades se encuentran tanto la conciliación como el arbitraje entre Estados y grupos privados. Si bien existen procesos de arbitraje internacionales, estos generalmente ocurren debido a temas de renovación de contrato

u otorgamiento de licencias o autorizaciones⁶.

La experiencia indica que el arbitraje a nivel local en el caso de discrepancias entre el regulador y la empresa regulada no es una práctica generalizada. Tal como se indica en la siguiente tabla, en todos los casos de la muestra, a excepción de Brasil, los procesos de resolución de controversias entre el regulador y la empresa se dan a través de sistema judicial de cada país. En Brasil, a pesar de existir la posibilidad de arbitrajes para la solución de conflictos, hasta la fecha no ha sido usada y su ámbito de aplicación se encuentra acotado.

Figura N° 2
Mecanismos de solución de controversias entre el Estado
y empresas operadoras a nivel internacional

País	Arbitraje		Procesos Judiciales		Comentarios
	Sí	No	Sí	No	
Argentina		x	x		La vía judicial es la única forma de resolver conflictos entre el regulador y las operadoras.
Australia		x	x		Los conflictos se dan ante el incumplimiento de normas impuestas por el regulador.
Brasil	X		x		Si bien en Brasil existe la posibilidad de arbitraje, <u>este proceso nunca ha sido puesto en práctica hasta la fecha</u> . Si se diera, puede responder únicamente a dos motivos: violación del derecho de la empresa a proteger su situación económica y revisión de tarifas de indemnización cuando caduque el contrato de concesión. El panel es escogido entre las partes de forma equitativa.
Chile		x	x		En la actualidad se evalúa la posibilidad de implementar un panel de expertos para la resolución de conflictos entre el operador y el regulador. La propuesta comprende un panel interdisciplinario de telecomunicaciones cuyas resoluciones sean inapelables.
Colombia		x	x		Solo se acude a arbitraje cuando se atenta contra algún contrato del operador. Sin embargo, en este caso, es el Estado colombiano el que acude al arbitraje no el regulador.
Costa Rica		x	x		No existe la posibilidad de que un operador y el regulador acudan a un Tribunal Arbitral.
España		x	x		Los procesos de resolución se dan dentro del ámbito judicial español.
México		x	x		No existe la posibilidad de que un operador y el regulador acudan a un Tribunal Arbitral.
Panamá		x	x		Existen decretos legislativos que obligan a las operadoras a someterse de ser necesario a arbitraje ante conflictos entre ellas.
Reino Unido		x	x		Ante situaciones de conflicto las operadoras pueden acudir al Tribunal de Competencia. Este opera con reglas independientes pero están sujetas a modificación por parte del congreso.
Uruguay		x	x		Las operadoras deben acudir al regulador ante discrepancias con este, si la disputa no es resuelta, este puede acudir ante el poder ejecutivo. Si la discrepancia persiste, acuden al Poder Judicial.

Elaboración propia

⁶ A manera de ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones tenemos:
 - En Polonia la empresa Ameritech emitió un pedido de arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) alegando que el Gobierno Polaco incumplió el contrato al negarle una licencia GSM y ponerla en oferta en el mercado.

4. Conclusiones y recomendación

- Teniendo en cuenta el contexto actual de mercados liberalizados, una interpretación amplia del alcance de algunas cláusulas contractuales sobre garantías de acceso al fuero arbitral local podrían constituir serios obstáculos para el correcto desempeño de las autoridades regulatorias, impidiéndoles, de cara al rápido avance tecnológico, efectuar modificaciones de la normativa vigente para la mejora en los principales indicadores de desempeño.
- El sistema arbitral, al haber sido creado para solucionar disputas entre privados, es deficiente en el análisis de controversias entre las autoridades regulatorias y las empresas privadas. La problemática vinculada a estos procesos se acentúa en contextos de austeridad económica y mayores restricciones presupuestales para las entidades del Estado.
- Los temas enmarcados en las relaciones de una empresa regulada y la autoridad regulatoria corresponden a asuntos de interés público y social en los que no solo está involucrado el interés del Estado y la empresa concesionaria que inicia el arbitraje sino terceros (otras empresas concesionarias de telecomunicaciones, usuarios, etc.) y, de ninguna forma, pueden considerarse similares a los temas de derecho disponible.
- Los Tribunales Arbitrales no toman en cuenta la diferencia entre la lógica que guía el accionar de una empresa privada y un organismo estatal. En el primer caso, la empresa tiene como objetivo maximizar beneficios, mientras que en el segundo, las autoridades regulatorias buscan maximizar una función de bienestar social; hecho por el cual, están expuestas a conflictos permanentes al no tener el mismo fin.
- En una disputa llevada a Tribunales Arbitrales, el fondo de los procesos se concentra en temas que no solo le competen a las partes litigantes sino que pueden tener repercusiones en otros actores de la economía (otras empresas concesionarias de telecomunicaciones, usuarios, etc.).
- Los Tribunales Arbitrales tienen amplia discrecionalidad para seleccionar los temas como materia arbitral pudiendo desbordar con suma facilidad el campo de acción del Regulador.
- El riesgo de captura es un elemento importante a considerar al momento de analizar la idoneidad del sistema arbitral como mecanismo de solución de controversias entre el Estado y una empresa. Ello debido a que dicho sistema cumple con las condiciones que propician la captura:
 - Inexistencia de reglas claras sobre la toma de decisión de los árbitros.
 - Los árbitros adquieren gran discrecionalidad sobre un proceso regulatorio una vez que éste es llevado a arbitraje por la empresa.
 - No existen mecanismos de supervisión de cada caso, de hecho, los laudos arbitrales, a diferencia del Poder Judicial, son considerados inapelables.
 - Los Tribunales Arbitrales no muestran exigencias en *accountability* (rendición de cuentas) y los procesos se desarrollan con altos niveles de confidencialidad excluyéndose en muchos casos la participación de terceros afectados.
 - Si las empresas hacen un uso intensivo del sistema arbitral, el contacto entre ellas y los árbitros puede resultar frecuente, lo que incrementaría la probabilidad de captura.
- El sistema de arbitraje local como mecanismo de resolución de controversias entre el Estado y las empresas privadas no es una práctica común a nivel internacional.
- Por lo expuesto, la recomendación implicaría, de manera equivalente para todos los administrados, precisar y limitar el alcance del sistema arbitral, debiendo ser no aplicable a materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones propias de las autoridades gubernamentales, eliminado o modificando cláusulas que a la fecha permiten interpretaciones y prácticas más extensas.

- En Ghana, la empresa Telekom Malaysia (TM) tenía un contrato para poder gestionar la empresa Ghana Telecom (GT) por un periodo de cinco años. Luego de una serie de problemas financieros, el gobierno se negó a renovar el contrato. Luego de procesos de conciliación, TM emitió su pedido de arbitraje internacional alegando que había perdido el control de su inversión.

- France Telecom (FT) suscribió un contrato para tener una subsidiaria de telefonía móvil en Líbano en 1994. Para el 2002, FT emitió un pedido de arbitraje a la UNCITRAL alegando, entre otras cosas, expropiación y término prematuro de contrato.

Bibliografía

BOEHM, F. Corrupción y Captura en la Regulación de los Servicios Públicos. En: *Revista de Economía Institucional*, 2005. Vol. 7, Número 013, pp. 245-263.

CAVE M., BALDWIN R. "Understanding Regulation, Theory, Strategy, and Practice", Oxford University Press. 1999. pp. 9-85.

Convenio ICSID, Reglamento y Reglas. Banco Mundial. www.worldbank.org/icsid.

GASMI F., P. NOUMBA y L. RECUERDO. Political Accountability and Regulatory Performance in Infrastructure Industries: An Empirical Analysis. En: *World Bank Policy Research. Working Paper 4101*. 2006.

GUASH J. LUIS y P. SPILLER. Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story. En: *World Bank Latin American and Caribbean Studies. The World Bank. Washington D.C., 1999.*

LAFFONT, Jean-Jacques y David MARTIMORT. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton University Press. 2002.

LEVY, B. y P. SPILLER. "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation". En: *Journal of Law, Economics and Organization*. 1994. Vol.10, N°2.

MARTIMORT D. The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs. En: *Review of Economic Studies* 66, 4. 1999. pp.929-947.

SPILLER, P. Politicians, Interests Groups and Regulators: A Multiple Principals Agency Theory of Regulation (o Let Them be Bribeed). En: *Journal of Law and Economics* 33 (1), 1999, pp.65-101.

SPILLER P. y C. SAMPSON. Regulations, Institutions and Commitment. The Jamaican Telecommunication Sector. En: *World Bank, PRD, Washington, D.C., 1993.*

STIGLER, G. J. *The Organization of Industry*. Chicago: University of Chicago Press. 1971.