

“Deficiencias del Diseño Institucional en el Sector Portuario”

Verónica Sattler¹

Una característica fundamental del denominado “Estado Regulador” es el establecimiento de autoridades administrativas independientes y autónomas que operan –en mayor o menor medida– fuera de la influencia del Poder Ejecutivo, con la finalidad de reducir la discrecionalidad e influencia política en la adopción de decisiones que afecten industrias reguladas. Los cambios ocurridos en el diseño regulatorio del sector portuario en los últimos años, resultan inconsistentes con esta idea, toda vez que han introducido limitaciones a las competencias del organismo regulador sectorial a través de la intervención de una entidad cuya independencia y autonomía resultan cuestionables. A esto se agrega, por un lado, una serie de restricciones que afectan la capacidad regulatoria de OSITRAN y que ponen en riesgo su autonomía; y, por el otro, la resistencia de la Empresa Nacional de Puertos – ENAPU cuya actitud beligerante frente al regulador pone en evidencia las dificultades que debe enfrentar dicho organismo al interior del propio Estado para asegurar la efectividad de sus decisiones. Precisamente por ello, el sector portuario constituye un caso de interés para el análisis a efectos de dar un primer esbozo sobre la importancia de la credibilidad del diseño regulatorio y de la fortaleza institucional como elementos que influyen directamente en la presencia de la inversión privada y en los términos en los que ésta se da.

Introducción

Durante las décadas de los 80 y 90 Europa fue testigo de lo que se conoce como el surgimiento del “Estado Regulador”, concepto vinculado a un proceso de liberalización de mercados, acompañado de una serie de reformas estructurales que trajeron, por un lado, modificaciones al alcance de las funciones que tradicionalmente habían sido atribuidas al Estado y, por el otro, la fragmentación del sector público en nuevas instituciones. Una parte fundamental de esta reforma fue el proceso de delegación en virtud del cual se adoptó la decisión de crear, asignar funciones y atribuir competencias a los denominados organismos reguladores, con la finalidad que éstos diseñen e implemente las correspondientes políticas sectoriales². Dicho proceso implicó un cambio en la forma en la que se venía ejerciendo la función pública; así, de un estilo tradicional caracterizado por su opacidad, discrecionalidad y una mayor exposición a influencias de carácter político, se pasó al ejercicio de la denominada función regulatoria, caracterizada por procesos de toma de decisión que cuentan con más

transparencia y apertura hacia los administrados y, por ende, con un menor grado de influencia política; todo ello complementado por una clara separación entre el ejercicio de la función pública y la actividad empresarial en la que el Estado venía participando.

América Latina mostró una tendencia similar durante los años 90, caracterizados por un cambio hacia economías más abiertas y hacia un proceso de privatización de empresas anteriormente de propiedad estatal. Dicho cambio fue desencadenado como una respuesta pragmática ante la crisis fiscal por la que atravesaban los países latinoamericanos y, en cierta medida, por la presión ejercida por organizaciones internacionales, tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional³.

En el caso de Perú, aunque mediatizado por sus particularidades socio-políticas, el proceso de reforma (llamado “Programa de Modernización del Estado”) condujo al establecimiento de un nuevo marco institucional y a la creación de organismos reguladores, cuya estructura fue diseñada siguiendo la experiencia

1 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Regulación por London School of Economics. Asociada de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

2 Majone, Giandomenico (1997), ‘From the Positive to the regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance’, *Journal of Public Policy*, 17(2), 139-68.

3 Manzetti, Luigi (2003) ‘Political Manipulations and Market Reforms Failures’ *World Politics* 55, 315–60.

de los países europeos - particularmente del Reino Unido- así como de otros países latinoamericanos en donde la reforma ya había dado inicio. Una de las razones más saltantes de tal reforma fue la necesidad imprescindible de proporcionar certeza y credibilidad al sector privado con el objetivo de atraer inversionistas que participen en el desarrollo, expansión y mejora de infraestructura - fundamentalmente de aquella vinculada a la prestación de servicios públicos o cuyo desarrollo tradicionalmente ha sido identificado como función del Estado- quienes de otra manera no habrían tomado el riesgo de invertir ante posibles actuaciones arbitrarias por parte del Estado o la eventual expropiación de sus inversiones. Situación que no es ajena a nuestra historia y que en los últimos tiempos se presenta como una realidad en el entorno latinoamericano.

A pesar del entusiasmo inicial frente al proceso de reforma, desde hace algunos años éste viene siendo objeto de reacciones adversas, producto de un sentimiento de desencanto y decepción ante su limitado impacto económico y social. Si bien la opinión pública todavía considera que la inversión privada es crucial para el desarrollo de la economía, existe un alto grado de desaprobación frente al proceso de la liberalización. Tal contexto pone en riesgo el desarrollo de industrias que aun permanecen en manos estatales, así como la continuidad de las reformas ya implementadas o en curso, como ocurre en el caso de la infraestructura de transporte de uso público.

Aun cuando el proceso de liberalización ha tenido relativo éxito en los sectores de telecomunicaciones y energía, los resultados en infraestructura de transporte de uso público siguen siendo moderados. El Perú todavía tiene una enorme brecha en este último sector debido, en parte, a la lentitud del proceso de liberalización. En el caso específico del sector portuario, la demora obedece en alguna medida a las modificaciones introducidas en el diseño regulatorio inicialmente implementado, las cuales podrían afectar el nivel de credibilidad del marco legal y, por ende, los términos en los que la inversión privada se presente. A esto se agrega la presencia de fuertes grupos de interés con objetivos no necesariamente concordantes que convierten a este sector en uno altamente politizado; de allí que la actual coyuntura política impida tener claridad respecto al alcance y eventual continuidad del proceso liberalizador.

Precisamente por ello, el sector portuario constituye un caso de interés para el análisis a efectos de dar un primer esbozo sobre la importancia de la credibilidad del diseño regulatorio y de la fortaleza institucional como elementos que influyen directamente en la presencia de la inversión privada y en los términos en los que ésta se da.

Como se ha mencionado anteriormente, una característica fundamental del "Estado Regulator" es el establecimiento de autoridades administrativas independientes y autónomas que operan -en mayor

o menor medida- fuera de la influencia del Poder Ejecutivo, con la finalidad de reducir la discrecionalidad e influencia política en la adopción de decisiones que afecten industrias reguladas. Sin embargo, los cambios ocurridos en el diseño regulatorio del sector portuario en los últimos años, resultan inconsistentes con esta idea, toda vez que han introducido limitaciones a las competencias del organismo regulador sectorial (OSITRAN) a través de la intervención de una entidad (la Autoridad Portuaria Nacional) cuya independencia y autonomía resultan cuestionables. A esto se agrega, por un lado, una serie de restricciones que afectan la capacidad regulatoria de OSITRAN y que ponen en riesgo su autonomía; y, por el otro, la resistencia de la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU cuya actitud beligerante frente al regulador pone en evidencia las dificultades que debe enfrentar dicho organismos al interior del propio Estado para asegurar la efectividad de sus decisiones.

Además de contar con organismos reguladores como instrumentos que brindan credibilidad al marco regulatorio, nuestro sistema constitucional y legal contiene una serie de mecanismos destinados a otorgar ciertas garantías y estabilidad a los inversionistas, los cuales suelen estar recogidos en los contratos de concesión celebrados al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. Sin embargo, el alcance de tales mecanismos y su efectividad depende del diseño de cada contrato de concesión, el cual si bien se ha ido perfeccionando con los años gracias a la experiencia ganada por PROINVERSIÓN, en el caso del sector portuario parece reflejar un cambio hacia una visión menos favorable frente a la inversión privada, lo que eventualmente puede incidir no sólo en menores inversiones en el sector sino incluso en tarifas más altas para los usuarios de la infraestructura portuaria.

El proceso de promoción de la inversión privada en el sector portuario se encuentra en plena implementación, por lo pronto, en los próximos días se presentarán las propuestas de los postores y se otorgará la correspondiente Buena Pro en el concurso de proyectos integrales convocado para el otorgamiento en concesión del terminal de contenedores del Puerto del Callao. Así, en un futuro próximo estaremos en condiciones de evaluar en qué medida las modificaciones introducidas al diseño regulatorio -institucional y contractual- impactarán en la presencia de la inversión privada en el sector.

En este contexto, el presente trabajo se encargará, en primer lugar, de hacer una breve revisión de las teorías que explican el fenómeno regulatorio, para luego referirnos a la importancia de la credibilidad de los sistemas regulatorios en sectores vinculados a infraestructuras de red y cómo el diseño institucional ayuda a alcanzar dicho objetivo. Definido el marco teórico, se realizará una breve descripción de las características más saltantes del entorno institucional peruano, para finalmente exponer el diseño regulatorio peruano correspondiente

al sector de infraestructura portuaria ocupándonos, fundamentalmente, de aquellos elementos que pueden restar credibilidad al marco regulatorio y que, eventualmente, pueden incidir en una menor presencia de inversión privada en el sector.

“La regulación es concebida como un mecanismo destinado a mejorar el bienestar social, a través de la corrección de fallas del mercado (monopolios naturales, asimetrías de información, externalidades, etc.) o de la implementación de políticas distributivas (como la aplicación de subsidios cruzados).”

Surgimiento del Fenómeno Regulatorio

Las explicaciones teóricas del surgimiento del fenómeno regulatorio han sido ampliamente discutidas por la doctrina. Tradicionalmente, la justificación para la intervención regulatoria se ha basado en consideraciones de interés público. De acuerdo con las teorías sustentadas en el *interés público*, la regulación es concebida como un mecanismo destinado a mejorar el bienestar social, a través de la corrección de fallas del mercado (monopolios naturales, asimetrías de información, externalidades, etc.) o de la implementación de políticas distributivas (como la aplicación de subsidios cruzados). Sin embargo, el análisis empírico demuestra que las explicaciones teóricas utilizadas tradicionalmente para justificar el surgimiento de la regulación, no siempre explican los resultados obtenidos en el proceso regulatorio.

Esta aparente inconsistencia entre los objetivos de la regulación y los resultados que se obtienen de su implementación ha tratado de ser explicada por las diversas teorías calificadas como de *interés privado*, las cuales sugieren que tal “falla” se justifica en razón que la regulación no obedece al interés público sino a la influencia de los diversos agentes que actúan en el proceso regulatorio, quienes afectan dicho proceso como resultado de perseguir la satisfacción de sus propios intereses. Así, la regulación es una respuesta a las demandas de grupos de interés (empresas, usuarios, votantes, así como de los legisladores y funcionarios públicos), quienes intentan alinear la regulación a sus propios intereses a efectos de maximizar las ventajas que cada uno de ellos puede obtener a través de ésta. Por consiguiente, la convergencia de todos estos “maximizadores” del interés particular

puede desviar la regulación de lo que es deseable en términos del interés público.

Al respecto, Stigler⁴ sostiene que la regulación es “*adquirida por la industria, diseñada y operada principalmente en su propio beneficio*”. Conforme a este argumento, los intereses de grupos bien organizados (empresas o partidos políticos) tienden a prevalecer respecto de otros grupos cuya organización es deficiente, en la medida que los primeros cuentan con mayores posibilidades de proporcionar los recursos que requieren los políticos durante los procesos electorales. Tales grupos proporcionan su apoyo, en votos o en recursos económicos, para obtener ventajas a través del dictado de legislación que favorezca a sus intereses particulares.

Sin embargo, con el objeto de asegurar tales ventajas, los grupos de interés no solamente necesitan ejercer influencia sobre los legisladores, también se requiere influir sobre el proceso regulatorio. Esto significa, ya sea mantener una relación cercana con los organismos reguladores o que los legisladores y, en general, los políticos electos estén en condiciones de mantener al regulador bajo su control (hipótesis explorada por la teoría de agencia). Esta dinámica conduce a un proceso de “captura”, donde la regulación termina por ser una especie de mercancía que responde al grupo de interés favorecido, lográndose alcanzar objetivos particulares (mayores ingresos, apoyo político, mantener puestos de trabajo, etc.) a expensas de evadir, en mayor o menor medida, los objetivos oficiales de la regulación.

En contraste, las *teorías institucionalistas* rechazan la idea de que los individuos son optimizadores perfectos de beneficios. Así, además del interés económico particular, los individuos también responden a ciertos esquemas institucionales (tales como: el marco legal, principios, procedimientos, normas sociales, expectativas personales, etc.). En consecuencia, de acuerdo con la posición del “*nuevo institucionalismo económico*”, la actuación de los individuos y de la sociedad está determinada por las estructuras institucionales dentro de las cuales éstas se desarrollan, por lo que la regulación no puede ser explicada únicamente a través de una racionalidad puramente económica maximizadora de beneficios. Las instituciones organizan y restringen el comportamiento humano y social, a la vez que permiten que se reduzcan los costos de transacción derivados del proceso regulatorio.

A partir de esta premisa es posible ver al diseño institucional –resultado del procesos legislativo– como un instrumento destinado a moldear la conducta de los agentes que participan en la arena regulatoria y, a partir de ello, alcanzar determinadas metas a través de alinear los intereses individuales de los agentes con el interés público^{5,6,7}.

4 Stigler, G (1971) ‘The Theory of Economic Regulation’ Bell Journal of Economics and Management Science 2(3): 3-18.

5 Baldwin, Robert y Martin Cagé (1999) Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice (Oxford: Oxford University Press).

6 Black, Julia (1997) ‘New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutional Approaches to Regulatory Decision Making’ Law and Policy, 1, 51 – 93.

7 Newbery. David M. (2001) Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Utilities (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press).

Así, el poder legislativo debe asumir la responsabilidad de definir la forma que tendrán las instituciones, la extensión de sus competencias, los procedimientos que serán implementados en su interior y sus correspondientes objetivos; todo ello con el propósito de alcanzar resultados que puedan beneficiar a determinados intereses y programas.

Sin embargo, dado que el Poder Legislativo es soberano, la posibilidad del reemplazo de sus miembros genera el riesgo que el marco legal originalmente establecido sea modificado como consecuencia de los cambios en la arena política. Así, cada proceso electoral pone en riesgo el respeto de los compromisos inicialmente asumidos y recogidos legislativamente.

El carácter instrumental del diseño institucional pretende controlar este problema a través del proceso de delegación de facultades regulatorias en agentes que puedan mantener independencia respecto a influencias de carácter político, incrementando de esta manera los costos de transacción que se generarían en caso se intentara modificar los compromisos originalmente asumidos⁸.

Tales agentes no son otros que los denominados organismos reguladores, organizaciones creadas para ser entes autónomos e independientes con la finalidad de ofrecer compromisos y tomar decisiones que tengan un alto nivel de credibilidad. Precisamente por ello, los organismos reguladores deben tener facultades y responsabilidades propias, encontrarse organizacionalmente separados de los ministerios sectoriales y sus miembros no deben constituir funcionarios designados a través de un proceso electoral⁹.

La Credibilidad Como Objetivo Fundamental del Diseño Institucional.

La credibilidad constituye un elemento fundamental en todo Estado de Derecho, ya que está vinculado a la predictibilidad y estabilidad del marco legal, lo cual garantiza que los ciudadanos nos encontremos en condiciones de preveer, con relativo grado de certeza, sobre los términos en los que la Administración Pública actuará ante determinada situación, generando con ello mayor grado de confianza y legitimidad en el sistema.

La credibilidad del sistema legal cobra mayor relevancia en el marco de la prestación de servicios públicos y, en general, en industrias que involucran infraestructuras de red, toda vez que las características propias de este tipo de industrias las convierten en sectores con mayor exposición a modificaciones en el marco legal, así como a la adopción de decisiones administrativas determinadas por factores políticos antes que técnicos.

Las industrias de red se caracterizan, fundamentalmente, por tres elementos:

- (1) Requiere de grandes inversiones en activos que usualmente no cuentan con un uso alternativo (infraestructura eléctrica, de telecomunicaciones, saneamiento o transporte). Es decir, en activos específicos que, una vez adquiridos, si la empresa decide abandonar el mercado, únicamente podrían ser vendidos a un precio tal que implique incurrir en una pérdida sustancial si se le compara con la inversión efectuada. Por lo tanto, involucra la realización de inversiones que constituyen *costos hundidos*. Las características de este tipo de inversiones hacen que estén más expuestas a ser expropiadas por el Estado;
- (2) La prestación de servicios involucra la presencia de fuertes economías de escala (es decir, que el costo medio de prestar el servicio disminuye, en el largo plazo, al aumentar la escala en la que dicho servicio se presta), así como de economías de diversificación (es decir, que el costo de prestar múltiples servicios de manera simultánea es más eficiente que prestar cada uno de estos en forma independiente);
- (3) Finalmente, la prestación de servicios es masiva, ya que al tener un carácter esencial (agua, luz, teléfono, transporte) son servicios consumidos por la mayor parte de la población. Este hecho determina que las decisiones vinculadas a este tipo de industrias cuenten con un alto componente político (como por ejemplo: la fijación de tarifas o de condiciones de acceso)

Estos aspectos generan dificultades en cuanto a la capacidad del Estado de fijar reglas de juego claras y estables, así como en su implementación y cumplimiento.

No está demás recordar que la incertidumbre que se genera ante posibles modificaciones en el marco legal o actuaciones discrecionales por parte de la administración pública, tiene un impacto directo en el mercado. En efecto, ante mayor incertidumbre respecto a la predictibilidad y estabilidad del marco legal los inversionistas percibirán un mayor riesgo lo que genera inmediatamente un incremento en los costos financieros de la inversión. Ante tal situación los inversionistas tendrán mayor resistencia a realizar inversiones de largo plazo lo cual puede generar: la presentación de un menor número de postores en un proceso de otorgamiento de concesión; la presentación de propuestas económicas más elevadas de las que un marco legal más estable pudiera generar; la realización de inversiones con miras a su recuperación en el más breve plazo; o, eventualmente, el total desincentivo

8 Horn, Murray J. (1995) *The Political Economy of Public Administration. Institutional Choice in the Public Sector* (Cambridge: Cambridge University Press)
9 Thatcher, M (2002) 'Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation', *West European Politics* 25(1): 125-47
Thatcher, M (2002) 'Regulation after delegation: independent regulatory agencies in Europe' *Journal of European Public Policy*, 9(6): 954-72

de los inversionistas. Todo ello termina por verse reflejado en tarifas más altas para los usuarios y/o en la realización de menos inversiones, lo cual constituye un obstáculo para el desarrollo, expansión o mejora de las industrias de red¹⁰.

Por tal motivo, el marco institucional que rodea estos sectores constituye un elemento crucial para el logro de los objetivos regulatorios, y su finalidad debe ser brindar credibilidad y reducir los riesgos de actuaciones discrecionales que involucren, por ejemplo, la expropiación de inversiones o la fijación de tarifas que no permitan recuperar dicha inversión o remunerar adecuadamente los costos vinculados a la prestación de servicios.

De lo señalado hasta el momento podemos afirmar que el resultado de la actividad regulatoria está estrechamente vinculado a la eficacia de las instituciones como mecanismo de control de tal actividad. De manera tal que para lograr que la regulación sea creíble, el diseño institucional que se adopte debe tener como objetivo fundamental fortalecer aquellos mecanismos legales, políticos y sociales que reducen el nivel de discrecionalidad del Estado. Es decir, que las instituciones deben ser diseñadas de forma tal que fortalezcan aquellos aspectos que restan credibilidad al sistema, para lo cual debe tomarse en consideración las variables que definen un contexto institucional determinado (el poder legislativo, ejecutivo, judicial, las normas sociales, las habilidades y capacidades administrativas).

En ese sentido, un diseño institucional óptimo será aquel que resulta compatible con el entorno jurídico-político-institucional de cada país. Por lo tanto, no es posible hablar de un único diseño institucional válido que se ajuste adecuadamente a cualquier realidad. En consecuencia, la tarea consiste en adoptar el arreglo regulatorio que mejor se adecue a las características del mercado en cuestión y que mejor se relacione con el marco institucional prevaleciente.

Al respecto, podemos mencionar algunos criterios que deberían tomarse en cuenta al momento de determinar el diseño regulatorio a adoptar:

- El nivel de especificidad y flexibilidad de la regulación debe determinarse tomando en consideración en qué medida el marco legal y las normas sociales, constituyen mecanismos eficientes para restringir la discrecionalidad del regulador y evitar actuaciones arbitrarias. Así, en aquellos casos en los que las normas no constituyan un límite suficiente y eficiente, debería adoptarse un marco regulatorio menos flexible y más detallado;
- La complejidad de la regulación debe determinarse en función a las capacidades y habilidades reales

del aplicador del derecho, en este caso del organismo regulador. Es decir, deben tomarse en consideración elementos como: los recursos que maneja la entidad; el nivel de experiencia y conocimiento técnico de sus funcionarios; el nivel de independencia; etc. Si nos encontramos frente a un aplicador del derecho con capacidades regulatorias restringidas, se debe optar por una regulación menos compleja.

Adicionalmente, un marco regulatorio complejo puede restar transparencia a las decisiones del regulador, por lo que una regulación más sencilla es un mecanismo que facilita el control de tales decisiones por parte de los diferentes agentes (usuarios, empresas reguladas, otras entidades públicas).

- En países donde no existe estabilidad en el marco legal y regulatorio debe explorarse la posibilidad que los elementos fundamentales de la regulación estén recogidos en instrumentos contractuales;
- Los elementos antes mencionados requieren necesariamente de mecanismos que garanticen su cumplimiento y efectividad, tales como el sistema judicial, cuya actuación debiera ser suficiente y eficiente como control de la actividad discrecional del regulador. Sin embargo, cuando el sistema judicial no representa un verdadero límite, se debería buscar mecanismos alternativos, como por ejemplo el arbitraje.

Como se puede apreciar, la implementación de estos criterios puede permitir dar mayor credibilidad a sistemas en los cuales el marco institucional no constituye un adecuado mecanismo de control de los posibles abusos que se presente en el ejercicio de las facultades regulatorias. Lo cual resulta bastante atractivo para países, como el Perú, en los que existen graves problemas de institucionalidad y que, paralelamente, requieren importantes niveles de inversión privada en infraestructura.

Sin embargo, como es evidente, estos beneficios no son gratuitos; en este proceso se presenta un intercambio entre: por un lado, otorgar a los inversionistas cierto nivel de certeza de largo plazo y, por el otro, reducir la flexibilidad y discrecionalidad del regulador.

No podemos soslayar el hecho que la ausencia de flexibilidad del marco regulatorio puede resultar un inconveniente, en la medida que impida su adaptación a nuevas circunstancias. En caso esto ocurra, es posible que en el mediano plazo se presente la necesidad de realizar modificaciones en la regulación, es decir, nos encontraríamos frente a la situación que, precisamente, se pretendía evitar a través de un diseño institucional poco flexible.

10 Levy, Brian y Pablo T. Spiller (eds.) (1994) 'The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation' *Journal of Law, Economics, and Organization*, 10, 201-246.
Levy, Brian y Pablo T. Spiller (eds.) (1996) *Regulations, Institutions and Commitment. Comparative Studies of Telecommunications* (Cambridge: Cambridge University Press)

En ese sentido, si bien el diseño institucional constituye una herramienta indispensable para dotar de credibilidad al marco regulatorio, no es suficiente, se requiere además fortalecer la capacidad de los organismos reguladores otorgándoles los recursos necesarios –tanto económicos como de personal calificado–; y, fortalecer la relación entre los organismos reguladores y los demás agentes que participan en el espacio regulatorio (otras instituciones públicas, las empresas reguladas, los usuarios, etc.), con la finalidad que el regulador gane legitimidad y, por lo mismo, cumpla sus funciones con mayor efectividad.

A continuación analizaremos las características del diseño regulatorio peruano y en qué medida éste ha sido elaborado considerando el entorno institucional vigente.

El Entorno Institucional

Si bien el Perú es considerada una república democrática, durante los últimos cuarenta años prácticamente la mitad del tiempo el poder ha estado en manos de gobiernos no democráticos¹¹. Luego de estos períodos de interrupción constitucional se procedió a convocar a asambleas constituyentes las cuales dieron origen a la Constitución de 1979 y a la Constitución de 1993, actualmente vigente. Ambas constituciones calificaron al sistema político peruano como un sistema presidencial, con una clara separación entre el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Sin embargo, incluso en períodos democráticos, la autoridad se ha concentrado generalmente en la figura presidencial, la que usualmente ha ejercido su autoridad de manera personalizada. A pesar de las consecuencias negativas que se han generado por este estilo de ejercer autoridad, la Constitución de 1993 reforzó la figura presidencial e incluso le confirió facultades legislativas.

En relación con el Poder Legislativo, la Constitución de 1993 establece su conformación como un Congreso unicameral de 120 miembros, los cuales son elegidos cada cinco años, de manera simultánea a la elección presidencial. Ello ha tenido como objetivo y efecto una mayor consolidación de la figura presidencial, en la medida que promueve que los miembros que conforman el Congreso formen parte de las coaliciones políticas que apoyan al gobierno de turno¹².

En relación con el Poder Judicial, nos encontramos igualmente ante una institución débil. El sistema judicial peruano sufre un grave problema de corrupción, además de constituir una institución ineficiente que no cuenta con un presupuesto adecuado y que se encuentra expuesta a influencias de carácter político. A pesar de

“A pesar de haber existido intentos por reformar el sistema judicial, estos han fracasado o han sido objeto de manipulación con la finalidad de reducir su independencia respecto del Poder Ejecutivo.”

haber existido intentos por reformar el sistema judicial, estos han fracasado o han sido objeto de manipulación con la finalidad de reducir su independencia respecto del Poder Ejecutivo. A esto se agrega que los miembros del Poder Judicial no necesariamente cuentan con los conocimientos necesarios para resolver los complejos problemas que se presentan como consecuencia del proceso regulatorio.

Los elementos políticos, jurídicos y sociales antes descritos determinan que el entorno institucional peruano se caracterice por la adopción centralizada de decisiones, así como por un marco legal que, en el mediano plazo, es fácilmente reversible. A su vez, el Congreso y el Poder Judicial no constituyen instituciones lo suficientemente sólidas para actuar como un apropiado sistema de controles y balances, lo que determina que no hayan mecanismos que restrinjan adecuadamente la eventual actuación arbitraria del Ejecutivo. Tales elementos constituyen claros desincentivos para la realización de inversiones de largo plazo, sin perjuicio de afectar la confianza en el sistema.

Mecanismos Destinados a Fortalecer Deficiencias Institucionales y Otorgar Mayor Credibilidad

En vista de las debilidades del entorno institucional peruano y la falta de controles suficientes que restrinjan posibles abusos en la actuación discrecional del Estado, nuestro sistema constitucional y legal contempla una serie de mecanismos destinados a fortalecer el marco institucional y regulatorio y, a través de ello, proveer los niveles de credibilidad necesarios para atraer a la inversión privada.

1) Restricciones de carácter sustantivo.

El marco regulatorio aplicable a las industrias de red se ha ido modificando de manera progresiva. De un marco inicial general que otorgaba mayor flexibilidad

11 12 años de dictadura militar bajo los Generales Juan Velasco Alvarado y Morales Bermudez (1968-1980) y el denominado “autogolpe” que diera Alberto Fujimori en el año 1992.

12 El sistema adoptado para la elección de los miembros del Congreso no ha sido gratuito; por el contrario, éste ha sido diseñado como un mecanismo para superar los problemas que se generaban producto de la particular forma de relación que ha existido entre el Ejecutivo y el Congreso, en donde este último ha actuado ya sea de manera sumisa frente a la figura presidencial o decididamente opuesta a ésta, obstruyendo cualquier iniciativa presentada por el Ejecutivo. Precisamente, esta actitud de antagonismo fue lo que desencadenó el “autogolpe” de 1992.

y discrecionalidad a los organismos reguladores, se ha pasado a una regulación cada vez más profusa y detallada.

Ello resulta evidente de una revisión comparativa entre los contratos de concesión celebrados a inicios del proceso de liberalización y aquellos que corresponden a los últimos años. Claramente el diseño de los contratos de concesión ha evolucionado hacia esquemas menos flexibles, al punto que éstos pueden llegar a recoger regímenes tarifarios específicos y muy detallados.

2) *Restricciones a las modificaciones en el marco regulatorio.*

Como se desprende de lo señalado anteriormente, el marco regulatorio, además de estar definido por disposiciones legales, suele verse complementado por detallados contratos de concesión (contratos tipo BOOT). Así, cuando un inversionista suscribe un contrato de concesión tiene la garantía que el régimen regulatorio que se le aplicará será aquél previsto en el contrato, el cual, en principio, no podrá ser modificado durante la vigencia de la concesión, salvo por acuerdo de las partes.

La inamovilidad de los contratos de concesión es garantizada por el Estado a través de la suscripción de acuerdos que dan a las obligaciones y garantías asumidas por éste la condición de contrato ley. La posibilidad de suscribir contratos ley se encuentra prevista en el artículo 62° de la Constitución, en el artículo 1357° del Código Civil, así como en disposiciones legales directamente vinculadas al otorgamiento de concesiones (Decreto Ley N° 25570, Ley N° 26438).

El carácter de contrato ley supone que las estipulaciones contractuales, incluyendo aquellas que recojan disposiciones legales vigentes a la fecha de la celebración del contrato, no puedan ser modificadas por cambios en la legislación, aun en aquellos casos en los que se encuentren involucradas normas de orden público. Sin embargo, cualquier modificación a la legislación aplicable que esté referida a temas no regulados en el contrato, surtirá plenos efectos frente al concesionario.

A su vez, para limitar los riesgos que tales modificaciones podrían generar, los contratos de concesión suelen incorporar una cláusula de equilibrio económico financiero, cuya finalidad es rebalancear las condiciones económicas contractuales existentes a la fecha de suscripción del contrato ante modificaciones en el legislación aplicable durante su ejecución. En consecuencia, el concesionario tendrá el derecho de solicitar una revisión de las condiciones económicas del contrato en aquellos casos en los que una modificación en la legislación ponga en riesgo la recuperación de la inversión realizada.

3) *Mecanismos que garanticen el cumplimiento del marco regulatorio.*

El marco legal permite utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias, de manera tal que aquellos

conflictos que se presenten durante la ejecución los contratos de concesión pueden ser solucionados a través del arbitraje internacional, lo cual garantiza la independencia y objetividad de la decisión.

Como se puede apreciar, el diseño institucional adoptado en el Perú contempla mecanismos destinados a garantizar la estabilidad del régimen regulatorio a través de la celebración de contratos ley de concesión, los cuales deberían otorgar mayor credibilidad al sistema mediante la imposición de restricciones a la actuación discrecional del regulador. Sin embargo, un diseño deficiente del contrato de concesión puede socavar la credibilidad que estos mecanismos pretenden otorgar al marco institucional.

A manera de ejemplo vale la pena mencionar que el proyecto de contrato de concesión elaborado por PROINVERSIÓN para el concurso de proyectos integrales para la concesión del nuevo terminal de contenedores del puerto del Callao contiene disposiciones que, precisamente, vulneran las garantías que nuestro marco legal pretende otorgar a los inversionistas. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en el tratamiento dado al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

El proyecto de contrato de concesión ha restringido sustancialmente el derecho del concesionario a recurrir a la vía arbitral con el objeto de resolver las controversias derivadas de la ejecución del contrato de concesión al excluir todas aquellas que tengan su origen en una decisión del regulador. Esto resulta sumamente grave si se toma en consideración que la intervención, y consecuente expedición de decisiones, del organismo regulador es permanente durante la vigencia de los contratos de concesión al punto que, en los hechos, OSITRAN termina por actuar como la efectiva contraparte del concesionario, a pesar de no participar en el contrato. Así, con la exclusión incorporada en el contrato de concesión, el arbitraje no resultaría aplicable a las controversias vinculadas a: el régimen tarifario, plazo del contrato, ejecución de garantías, calificación de eventos de fuerza mayor o la aplicación de penalidades contractuales. Como se puede apreciar, el espectro de materias que han sido excluidos de la cláusula arbitral, prácticamente, abarca todo el contrato, llamando especialmente la atención la exclusión de las controversias vinculadas a aspectos tarifarios, a pesar de ser precisamente la tarifa el elemento central del contrato por tratarse del mecanismo previsto para que el inversionista recupere su inversión, así como los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura portuaria.

Sin embargo, a pesar de las deficiencias que pudiera contener el contrato de concesión, los riesgos a los que quedaría expuesto el inversionista podrían ser relativamente controlados en la medida que el organismo regulador encargado de supervisar la correcta ejecución del contrato sea una entidad autónoma, independiente y con capacidad regulatoria

suficiente para dotar de eficacia y legitimidad a sus decisiones. De lo contrario, existirá un mayor riesgo de que las actuaciones discrecionales del organismo regulador resten credibilidad al marco regulatorio. En esa medida consideramos necesario referirnos al diseño institucional y regulatorio del sector portuario.

Debilidades en el Diseño Regulatorio del Sector Portuario

El proceso de liberalización que se dió en el Perú en la década de los 90, fue acompañado por una serie de reformas al interior del aparato estatal que, aunque parciales y dispersas, modernizaron en cierta medida la estructura estatal. Una de las contribuciones más importantes de estas reformas fue la creación de organismos reguladores para los sectores de telecomunicaciones, energía, saneamiento e infraestructura de transportes de uso público (OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y OSITRAN, respectivamente), con la finalidad que tales entidades supervisen los sectores que serían objeto del proceso de liberalización. Así, a diferencia de otras instituciones del Ejecutivo, los organismos reguladores han concentrado funcionarios públicos con un relativo nivel de calificación técnica y profesional, en tanto que la mayor parte del aparato estatal ha permanecido prácticamente intacta¹³.

En el caso del sector transporte (aeropuertos, carreteras, puertos y ferrocarriles), la reforma empezó de manera tardía y aun se encuentra en pleno proceso de implementación; sin embargo, desde sus inicios ésta ha estado marcada por la desaceleración del proceso de liberalización, continuas demoras en la adopción de decisiones políticas fundamentales, así como por una percepción de ambigüedad política¹⁴. Así, mientras los organismos reguladores de los sectores de telecomunicaciones (OSIPTEL) y energía (OSINERG) fueron creados cuando el proceso de modernización contaba con mayor impulso, la creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN se dio en un ambiente dominado por la incertidumbre.

OSITRAN fue creado en el año 1998 con la finalidad de regular y supervisar el desarrollo del mercado de infraestructura de transporte de uso público. Su ley de creación (Ley N° 26917) le otorgó formalmente autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa. Sin embargo, fue diseñado como una entidad adscrita al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, cuya estrecha vinculación puso en duda los alcances de su real independencia. Sin embargo, con la finalidad de proveer a OSITRAN con mayor autonomía, algunos meses después de su creación

fue adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (en 1998) para finalmente convertirse en entidad autónoma adscrita a la Presidencia de Consejo de Ministros, conjuntamente con los demás organismos reguladores (en 2000).

OSITRAN tiene por función regular el comportamiento de los mercados vinculados a la operación de infraestructuras de transporte de uso público, así como supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión que se hubieran celebrado en este sector, todo ello en el marco de la política sectorial dictada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. A efectos de cumplir con las funciones y objetivos que le han sido asignados, OSITRAN goza de competencias regulatorias, normativas, supervisoras, sancionadoras, así como de las competencias necesarias para pronunciarse en relación con las controversias que se presenten entre los diferentes agentes que actúan en este mercado (operadores, usuarios intermedios).

Sin embargo, a pesar de gozar formalmente de autonomía financiera, administrativa y funcional, en más de una oportunidad se ha percibido que la autonomía atribuida a OSITRAN ha estado en riesgo o, cuando menos, se ha visto restringida.

La autonomía financiera depende de la posibilidad que los organismos reguladores cuenten con recursos económicos propios, los cuales provienen, fundamentalmente, de los aportes de las empresas supervisadas que operan en el sector, quienes se encuentran obligados a pagar una contribución cuyo importe es un porcentaje de los ingresos que perciben por sus operaciones. El proceso de liberalización de sectores vinculados a industrias de redes usualmente trae como resultado la incorporación de nuevas empresas operadoras, la creación de nuevos servicios o la ampliación de los servicios existentes, el cobro de nuevas o mayores tarifas producto del mejoramiento de la infraestructura y/o de los servicios, etc.; es decir, claramente la implementación del proceso liberalizador produce un incremento de los ingresos en el sector lo cual incide directamente en el nivel de ingresos del regulador.

A pesar de la aplicación del aporte por regulación en todos los sectores regulados, los ingresos de OSITRAN resultan menores a los percibidos, por ejemplo, por los reguladores de los sectores de energía y telecomunicaciones, lo cual se debe en alguna medida a la lentitud con la que se ha desarrollado el proceso de otorgamiento de concesiones en el sector de infraestructura de transporte de uso público. A esto se agrega la aplicación de las normas de austeridad del sector público, las cuales afectan el presupuesto de OSITRAN, así como sus posibilidades de contratación,

13 Roberto Abusada, Fritz Du Bois, Eduardo Morón, y José Valderrama (eds) (2000) La reforma incompleta. Rescatando los Noventa. (Lima: Universidad del Pacífico. Centro de Investigación e Instituto Peruano de Economía. (Versión online en http://www.ipeportal.org/modules.php?name=Downloads&do_op=viewdownload&cid=94)

14 Matsuda, Yasuhiko (2001) PERU. Institutional and Governance Review. The World Bank (Versión online en http://www.worldbank.org/wbi/governance/peru/pdf/peru_gov_corr_econ.pdf)

poniendo en riesgo tanto su autonomía operativa como el nivel de especialización de sus funcionarios. Esto es especialmente preocupante en el caso de OSITRAN en la medida que se trata de un organismo regulador multi-industria. En efecto, las competencias de esta entidad alcanzan a diferentes sectores, como son el aeroportuario, portuario, ferroviario y vial; si bien en todos los casos se trata de infraestructura de transporte de uso público, se requiere de funcionarios especializados en la problemática de cada uno de estos sectores, toda vez que cada uno de ellos involucran negocios distintos, infraestructuras distintas y necesidades distintas.

No obstante lo antes señalado, llama la atención que OSITRAN sea el organismo regulador que cuenta con menor número de funcionarios. Efectivamente, conforme a la información disponible al público en las respectivas páginas Web, tenemos que OSINERG cuenta con 261 funcionarios, OSIPTEL con 134, SUNASS con 57 y OSITRAN con únicamente 38, considerando en todos los casos al personal auxiliar y asistente. Es cierto que dadas las características del sector OSITRAN no cuenta con la carga de resolver reclamos por parte de usuarios finales, sin embargo, esto no parece ser justificación suficiente para sustentar tal diferencia. Claramente el reducido número de funcionarios de OSITRAN, considerando su naturaleza de organismo regulador multi-industria, pone en riesgo la capacidad operativa, eficiencia, autonomía e independencia del regulador.

Por otro lado, la autonomía formal que el marco legal atribuye a OSITRAN resulta insuficiente para proteger a la entidad de interferencias de carácter político. Por el contrario, el diseño institucional de este organismo regulador otorga al Ejecutivo una serie de mecanismos de control que permiten interferir en sus decisiones, como por ejemplo el control directo del proceso de designación de sus funcionarios y, eventualmente, su remoción.

OSITRAN, al igual que los demás organismos reguladores, es dirigido por un Consejo Directivo, responsable de establecer las políticas regulatorias y de administrar la organización de la entidad. Los miembros de este órgano son designados a propuesta del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Presidencia del Consejo de Ministros y de la agencia de competencia (INDECOPI), siendo en su totalidad nombrados mediante resolución expedida por el Presidente de la República.

Aun cuando la designación de los miembros del Consejo Directivo es por períodos de cinco años, en los hechos, no existe mayor garantía en la continuidad del cargo, toda vez que tales funcionarios pueden ser fácilmente removidos. Así, desde su creación en 1998, han habido, cuando menos, cinco Presidentes del Consejo Directivo –así como cinco Gerentes Generales, en tanto que los demás miembros del Consejo Directivo han tenido

una duración similar en el cargo. Esta tendencia se ha revertido en los últimos años, sin embargo, el marco legal no garantiza que en el futuro esta situación no se repetirá. Evidentemente, el alto grado de movilidad de los funcionarios de mayor jerarquía supone un impedimento para lograr que un organismo regulador goce de independencia y autonomía real, sin perjuicio de afectar la estabilidad del proceso regulatorio.

Problema similar se presenta con los demás funcionarios de la entidad, quienes son los que finalmente se encargan de la supervisión permanente de los concesionarios. La rotación y movilidad del personal supone un obstáculo en la relación entre los concesionarios y el regulador, ocasionando demoras en los procedimientos regulatorios, así como desencuentros por la falta de experiencia de los nuevos funcionarios, por su desconocimiento de la problemática de cada concesionario o por el eventual cambio de criterio frente a determinada decisión.

Por otro lado, OSITRAN ha sufrido una serie de claros intentos destinados a cuestionar su autoridad y disminuir el ámbito de su competencia. Así, lejos de haber visto reforzadas sus capacidades y funciones –como ha ocurrido en el caso de OSIPTEL y OSINERG– su autoridad ha sido puesta a prueba desde el propio Estado y esto se ha presentado principalmente en el sector portuario.

Los conflictos entre OSITRAN y la Empresa Nacional de Puertos – ENAPU (empresa pública que administra el 92% del tráfico portuario a nivel nacional¹⁵) han sido especialmente evidentes. De las empresas supervisadas por OSITRAN, ENAPU es aquella respecto de la cual se han iniciado la mayor cantidad de procedimientos administrativos sancionadores siendo una de las empresas más sancionadas como consecuencia de su negativa o resistencia a brindar acceso a la infraestructura portuaria a empresas privadas interesadas en brindar sus servicios en un régimen de competencia.

Por otro lado, en el año 2004, OSITRAN aprobó una nueva estructura y niveles de tarifa máximas a ser aplicados por ENAPU, cuya implementación supondría una reducción sustancial de las tarifas que vienen siendo cobradas por la empresa. Si bien tales tarifas debieron entrar en vigencia en febrero de 2005, hasta el momento no han podido ser aplicadas como consecuencia de las acciones judiciales iniciadas por ENAPU, las que finalmente han logrado suspender los efectos del nuevo régimen tarifario.

Entendemos que la actitud beligerante que mantiene ENAPU frente a OSITRAN se explica en la necesidad de la empresa de mantener un nivel de ingresos que le permita asumir la pesada carga financiera que supone el cumplimiento de sus obligaciones

15 El Puerto de Matarani otorgado en concesión administra el 8% restante.

pensionarias, de aproximadamente 20 millones de dólares al año¹⁶. Carga que si bien debería ser asumida por el Estado, actualmente viene siendo solventada por los usuarios a través del pago de tarifas más altas de las que efectivamente corresponden. Dado que el pago de pensiones no forma parte de la estructura de costos de las actividades portuarias, la actitud de ENAPU de negarse a aplicar las tarifas aprobadas por OSITRAN generan ineficiencias en el sector que afectan directamente la competitividad de los puertos peruanos, así como las actividades de comercio exterior, los cuales requerirían de un apoyo más decidido por parte del propio Estado.

Quizás el ejemplo más evidente de interferencia en la función reguladora de OSITRAN lo constituye la Ley del Sistema Portuario Nacional, vigente desde el año 2003, la cual podría ser explicada como un intento por parte del Ejecutivo de controlar de manera directa la función reguladora de OSITRAN a efectos de mantener tarifas que permitan trasladar a los consumidores –y no al Tesoro Público- la pesada carga financiera que ENAPU debe sostener. Dicho objetivo entra en conflicto con el interés de los consumidores, sin perjuicio de resultar inconsistente con el marco regulatorio que se pretendió implementar durante los años 90.

La Ley del Sistema Portuario Nacional

El Perú necesita aumentar la presencia de inversión privada en el sector de infraestructura de puertos y operación de servicios portuarios; a efectos de alcanzar esta meta resultaba indispensable contar con un marco legal claro que estableciera los lineamientos generales que gobernarían la actividad portuaria. Sin embargo, hasta el año 2003 el Perú no contaba con una ley general que estableciera los conceptos y reglas básicas que debían seguirse, así como tampoco existía claridad respecto a las funciones que correspondía desempeñar a cada una de las autoridades que existen en este sector (Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Ministerio de Defensa; la Dirección General de Transporte Acuático del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; Aduanas; OSITRAN). Ante tal deficiencia, la elaboración de la Ley del Sistema Portuario Nacional se presentó como la gran oportunidad de reorganizar el sector y de establecer un diseño institucional que permitiera otorgar los niveles de credibilidad que los inversionistas requieren.

Generalmente, el primer paso a seguir para la implementación de una reforma de esta naturaleza, consiste en la creación de un grupo de trabajo interministerial, cuyos miembros deben representar a las diversas entidades directamente involucradas en la actividad portuaria (transporte, aduanas, trabajo, medioambiente, etc.). Este grupo de trabajo debería ser creado con la finalidad de definir los objetivos principales de la reforma y del diseño institucional a

ser adoptado, para luego remitir sus conclusiones a un proceso de consulta en el que los sectores interesados puedan informarse, dar su opinión y, eventualmente, formular aportes. Por tal motivo, es fundamental que quienes diseñen los lineamientos de la reforma sean personas independientes y que no tengan vínculos con algún grupo de interés. De esta manera podrán consultar con plena libertad a todos los interesados y representantes del sector y, simultáneamente, estar en condiciones de percibir el proceso de reforma desde una perspectiva económica más amplia que les permita enfocarse en el interés público¹⁷. Pese a lo antes señalado, la elaboración de la Ley del Sistema Portuario Nacional no siguió este camino.

En el mes de febrero del año 2002, mediante Resolución Ministerial N° 103-2002-MTC/15.01, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones designó a los miembros de la comisión especial constituida con el objeto de redactar el proyecto de la Ley del Sistema Portuario Nacional. Lejos de aprovechar esta oportunidad para redactar un proyecto de Ley que guardara coherencia con el marco legal y regulatorio, y resultara compatible con el mercado portuario y sus perspectivas de crecimiento, el proceso de redacción de la mencionada Ley del Sistema Portuario Nacional fue utilizado para realizar negociaciones entre los grupos de interés involucrados, así como para establecer o reforzar alianzas de orden político. Precisamente, la composición de la comisión especial reflejó este proceso, por lo que no era de extrañar que el marco institucional y regulatorio recogido en el proyecto de Ley fuera diseñado a la luz de consideraciones de orden político antes que técnico.

La comisión especial fue formada por cuatro representantes de instituciones gubernamentales (el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Economía y Finanzas, INDECOPI y OSITRAN) y por cinco representantes de diversos grupos de interés, tales como el sindicato de trabajadores de ENAPU, la asociación de transporte marítimo, agentes de aduanas, etc. Como es evidente, dada la composición de la comisión, el Proyecto de Ley del Sistema Portuario Nacional tenía una serie de incoherencias e inconsistencias. El supuesto consenso logrado entre grupos de interés claramente contrapuestos dio como resultado una Ley que busca satisfacer a todos los intereses involucrados, sin mayor claridad respecto a la política sectorial a implementar. Una de las entidades que resultó más afectada por la Ley del Sistema Portuario Nacional fue OSITRAN.

La Ley del Sistema Portuario Nacional creó a la Autoridad Portuaria Nacional (APN) como un organismo dependiente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, formalmente autónomo y dirigido por un Consejo Directivo de once miembros cuya composición es similar a la composición que tuvo

16 Conforme a lo señalado en la Resolución No.31-2004-CD/OSITRAN, p.146. <http://www.ositran.gob.pe/index.asp?opcion=4>

17 World Bank Transport Division (2001) "Implementing Port Reform. Module 8" (Versión online en http://rru.worldbank.org/Documents/Toolkits/ports_mod8.pdf)

la comisión especial que elaboró el proyecto de Ley. Por otro lado, la creación de la APN ha supuesto la interferencia y eventual reducción de competencias que originalmente correspondían a OSITRAN. Así, a manera de ejemplo, podemos señalar que, a partir de la Ley del Sistema Portuario Nacional, las tarifas por el uso de infraestructura portuaria son determinadas por OSITRAN a propuesta de la APN, por lo que la iniciativa regulatoria de OSITRAN se ha visto restringida. Asimismo, la Ley ha establecido una amplia delegación de facultades regulatorias a favor APN, fundamentalmente en aspectos técnicos y operativos.

Tales disposiciones han restringido tanto las competencias de OSITRAN en el sector portuario como su capacidad regulatoria. Así, lejos de haber sido aprovechada para fortalecer el diseño institucional y regulatorio, y a través de ello otorgar credibilidad y consistencia al marco legal a efectos de atraer a la inversión privada; la expedición de la Ley del Sistema Portuario Nacional ha sido utilizada como un instrumento para lograr compromisos de corto plazo que no necesariamente favorecen al interés general. Ello se ha visto reflejado al momento de su aplicación.

Vale la pena referirnos a la posición que mantuvo la APN con ocasión de la fijación de tarifas aplicables a ENAPU y aun pendiente de implementación. Así, al pronunciarse sobre la incorporación de las obligaciones pensionarias de ENAPU como parte de la estructura de costos a ser considerada en las tarifas, la APN sostuvo lo siguiente:

“La APN reconoce que esta obligación genera tarifas más altas que distorsionan y afectan a las actividades y servicios portuarios y a ENAPU, pero menciona que el pago de pensiones no es un asunto sectorial o potestativo de la empresa, sino un problema de Estado que debe ser resuelto de manera integral. Asimismo, la APN sostiene que la imposición de un esquema de tarifas portuarias que no incluya esta obligación afectaría a ENAPU y obstaculizaría el programa de promoción de la inversión privada en puertos.”

Como se puede apreciar, la posición de la APN refleja una falta de sintonía entre los objetivos de dicha entidad y aquellos que corresponden al organismo regulador, motivo por el cual su incorporación, a través de la Ley del Sistema Portuario Nacional, en el proceso regulatorio pone en evidencia una falta de consistencia en el diseño institucional del sector portuario, con el consecuente riesgo que los inversionistas perciban que el proceso de fijación tarifaria se encuentra altamente expuesto a intervención política.

Comentarios Finales

Como se ha señalado anteriormente, las características propias de las industrias que involucran infraestructura de red hacen que estos sectores estén más

expuestos a cambios en el marco legal, así como a decisiones administrativas arbitrarias, lo cual genera incertidumbre y resta credibilidad al marco regulatorio, pudiendo suponer un obstáculo para atraer inversión privada.

En ese contexto, el diseño institucional se presenta como un instrumento que permite dotar de credibilidad al marco regulatorio a través del establecimiento de mecanismos que den estabilidad a las reglas del juego y reduzcan los niveles de discrecionalidad del regulador. Sin embargo, además del diseño institucional, la credibilidad del marco regulatorio depende también del fortalecimiento de las capacidades de los organismos reguladores mediante la dotación de los recursos necesarios, así como del fortalecimiento de la relación entre estos organismos y los demás agentes que participan en el espacio regulatorio.

“(...) la credibilidad del marco regulatorio dependen también del fortalecimiento de las capacidades de los organismos reguladores mediante la dotación de los recursos necesarios, así como el fortalecimiento de la relación de estos organismos y de los demás agentes que participan en el espacio regulatorio(...)”

En el caso del sector portuario, el diseño institucional, la capacidad regulatoria de OSITRAN, así como la relación que mantiene esta entidad frente a otros agentes que participan en la arena regulatoria del sector (tales como ENAPU o la APN), parecen ser insuficientes como mecanismos de control ante el posible uso arbitrario de las facultades que han sido otorgadas al regulador. Esto resulta aun más grave si se toma en cuenta que mecanismos como el arbitraje, previstos en nuestra legislación para dotar de mayor certeza al marco regulatorio, están siendo debilitados a través de un inadecuado diseño de los contratos de concesión a ser celebrados en el futuro.

Conforme se ha argumentado, la situación antes descrita afecta de manera negativa a la credibilidad del marco regulatorio. En ese sentido, no sería de extrañar que el proceso de promoción de la inversión privada en el sector portuario que se encuentra en proceso de implementación, no alcance los resultados más eficientes que se podrían esperar. Como es evidente, los inversionistas, oportunamente, evaluarán el diseño institucional del sector y reflejarán en su oferta económica, los riesgos e incertidumbres que éste conlleva, lo que, finalmente, repercutirá en los usuarios de los servicios portuarios 