

La Situación del Servicio de Electricidad en el Perú. Análisis y Reflexiones

Entrevista a Alfredo Dammert Lira¹

Realizada por:
María del Carmen Vásquez Callo

La situación previa a la privatización de empresas del servicio eléctrico en el Perú presentaba serios problemas en lo referente al acceso limitado al servicio y la baja calidad del mismo. De otro lado, con la Ley de Concesiones Eléctricas (1992), se creó el marco jurídico adecuado a fin de ejecutar el proceso de privatización en el sector. Posteriormente, con la creación del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Osinerg (1996), se consolidó la serie de reformas que se venían efectuando. Existen, sin embargo, dudas referentes a los beneficios del proceso de privatización. La presente entrevista fue realizada al Ing. Alfredo Dammert Lira, Presidente del Consejo Directivo del Osinerg, con el fin de ofrecer al lector algunas reflexiones sobre el presente y el futuro del sector eléctrico en nuestro País.

1. La privatización y concesión de los monopolios naturales en el Perú ya cuenta con algunos años de experiencia y si bien este proceso aun no ha concluido ¿Cuál es su evaluación en términos de cobertura, calidad y tarifas del servicio luego de todos estos años? ¿Escrierto que hoy la capacidad de generación es superior a la demanda existente?

Es importante señalar que, desde la época de la reforma, la cobertura de electrificación en el Perú subió de un 48 %, en 1992, a aproximadamente un 80 % actualmente; es decir, el coeficiente de electrificación se ha incrementado considerablemente, teniendo un efecto significativo en la calidad de vida de la población a través de un mayor acceso a la electricidad. Si bien todavía en el sector rural falta una cobertura importante, yo diría que aproximadamente se ha avanzado en un 50 %.

En relación a la segunda parte de la pregunta, sobre la capacidad de generación existente respecto a la actual demanda, se puede observar -hoy en día- que ésta es superior a su demanda. Ello debido a dos aspectos: el primero, que está relacionado a la practica común de que exista una capacidad adicional, porque siempre hay momentos en los que puede subir mucho la demanda o puede haber sequías o algún otro problema con las generadoras. El segundo aspecto es que indudablemente existe una capacidad de generación superior que viene dada por el incremento notorio en las inversiones sobre todo en estos dos últimos años.

2. Los sobrecostos generados por la falta de infraestructura en el sector eléctrico en provincias con respecto a Lima son directamente proporcionales al hecho de que el servicio sea brindado por una empresa privada o por empresas del Estado ¿A cuánto contribuye a esta realidad la mala imagen de las concesiones y privatizaciones que se tiene al interior del país?, ¿Tal como se demostró en el caso de EGASA y EGESUR?

Es una buena pregunta en el sentido de que indudablemente cuando las empresas son ineficientes, los costos pueden ser más altos. Sin embargo, esto se corrige con la regulación de la distribución, porque en ésta se toma en cuenta los costos eficientes. Si es que una empresa fuera ineficiente entonces obtendría menos utilidades y podría incurrir en pérdidas. En ese sentido, dicha empresa tendría que ver la forma de mejorar su eficiencia, porque no se les permite pasar esos sobrecostos a los usuarios.

El segundo tema tiene que ver con alguna falla en las concesiones y privatizaciones en la década pasada. Al respecto, considero que cuando se inicia un proceso de privatización o se decide otorgar una concesión se deben calificar como postores a aquellas empresas que se encuentran especializadas en el manejo del negocio en cuestión. En algunos casos, se ha permitido que postularan y ganaran empresas que no tenían experiencia en el negocio lo cual indudablemente fue lo que ocasionó problemas.

¹ PhD. en Economía. University Of Texas. Austin. EE.UU. Presidente del Consejo Directivo del Osinerg.

Otro aspecto que también tiene que ver con los movimientos en contra de la privatización es que antes que se tuviera la privatización del sector eléctrico se liberalizaron los precios, es decir, se permitió que los precios de electricidad subieran para cubrir los costos de proveerla. Antes los precios se encontraban subsidiados, y entonces éste incremento se asocia con las privatizaciones.

3. Hoy en día el mercado de Generación Eléctrica adolece de características competitivas, es por ello que se le regula como si fuera un monopolio u oligopolio, sin embargo lo ideal es alcanzar "Competencia entre Generadores" ¿Cuáles serían los principales factores que influirían o motivarían este cambio?

Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que en los mercados eléctricos hay tres segmentos. Uno que es la generación, donde las generadoras al estar conectadas a una red de transmisión pueden competir entre ellas para abastecer de electricidad a todos los consumidores. Otro segmento es la transmisión, que es considerado un monopolio. Lógicamente, no se pueden tener líneas de transmisión que vayan por la misma ruta porque los costos serían muy altos. Finalmente, el tercer segmento es la distribución, que también es un monopolio natural al igual que la transmisión. Entonces la pregunta está bien planteada en el sentido de que en la generación es posible que haya competencia. Ahora, aquí se necesitan dos temas para que se den condiciones competitivas en dicho mercado: en primer lugar, es que el diseño del mercado eléctrico debe ser el adecuado para que ésta competencia pueda darse, y en segundo lugar, tiene que haber suficiente número de empresas generadoras como para que compitan entre ellas. Generalmente para que un mercado sea competitivo se requieren 7 diferentes empresas, para que haya un nivel de competencia bastante aceptable. 7 empresas de igual tamaño digamos. En nuestro mercado se observa sólo 3 o 4 empresas de igual tamaño por lo que se requiere promover nuevas inversiones. Sin embargo, a pesar de que muchos piensan que es fácil que vengan nuevos inversionistas, no hay tantas empresas en el mundo que quieran invertir en nuestro país. Son relativamente pocas, y entonces lo que se tiene que hacer es generar las condiciones adecuadas para hacer atractivo nuestro mercado. En ese sentido, OSINERG, junto con el Ministerio de Energía y Minas ha promovido una ley que tiene que ser vista en el Congreso y cuyas propuestas se encuentran plasmadas en el *Libro Blanco*. En esta ley lo que se está promoviendo es que se lleven a cabo procesos de subastas con tiempo para que pueden venir nuevas inversiones.

4. Uno de los principales problemas en el ámbito de la distribución es el de la dificultad de garantizar el servicio universal, especialmente en aquellas zonas en las que resulta poco rentable invertir en infraestructura adecuada a fin de garantizar el servicio. Uno de los mecanismos frecuentemente usados es el de los subsidios ¿Es viable el uso de

estos en el sector energía? De otro lado ¿Cabe otorgar subsidios a los inversionistas y no tan solo a los mas pobres?

Indudablemente, para que una empresa o un negocio funcione, tiene que cubrir sus costos. La forma en el Perú es que a las distribuidoras se les trata de reconocer costos eficientes. Si están generando costos ineficientes tendrán que adaptarse. Entonces, en ese sentido, la forma de que se pueda rebajar el precio de la electricidad a los consumidores, es en primer lugar el subsidio a los consumidores. Hay distribuidoras que como llegan a sectores rurales su costo de distribución es mayor, y ese costo se refleja en el precio; entonces para evitar que estos consumidores rurales paguen, por ejemplo, el costo total; hay un subsidio directo a ellos a través de los consumidores en zonas urbanas de mayor consumo por medio del cual ellos pagaran un adicional a favor a estas zonas.

Más o menos esta rebaja es de un 50% lo cual representa un subsidio al consumidor. Ahora bien, ¿Cómo se entendería un subsidio a alguien que quiere invertir en una red a un sector rural? Hay esquemas en los cuales se está pensando, y por ejemplo, hay un préstamo del Banco Mundial que contempla esto para el Perú. El mecanismo es que se concursa a través de un fondo un subsidio para aquellas empresas que quieren extender su red a ciertas áreas. Este proceso debe hacerse vía una licitación, donde se adjudique el financiamiento a aquella empresa que solicite el menor subsidio, y se le otorgue dicha ayuda para que extienda su red en las áreas rurales más caras. Entonces, sí es posible que haya un sistema de subsidios a los inversionistas si es que este proceso está bien controlado.

5. De otro lado, uno de los problemas más evidentes dentro del mercado de Generación Eléctrica es que las tarifas se fijan anualmente, de este modo se acentúa la incertidumbre en los inversionistas y se generan incentivos por los cuales las generadoras no pueden negociar con los distribuidores ¿Cuál sería la fórmula adecuada para que a pesar de lo anterior se brinde estabilidad a los inversionistas? ¿Cómo podríamos asegurar una tarifa a largo plazo?

En OSINERG, estamos promoviendo que las distribuidoras salgan a licitar energía para que les vendan a las generadoras. Para que se den precios eficientes y para que haya estabilidad a largo plazo estamos proponiendo en el Libro Blanco que la licitación no sea para que se provea energía en el próximo mes o en dos meses, sino para que se provea energía a partir de 3 años desde la fecha de la licitación. De esa forma no solamente las generadoras existentes, sino cualquiera que pueda poner una generadora o que tenga la intención de hacerlo, pueda entrar también en estas licitaciones haciendo más competitivo el sistema.

6. El tema tarifario es muy cuestionado por los consumidores, reportándose en gran número de casos quejas por el cobro en exceso o simplemente

alegatos respecto al encarecimiento del servicio ante esta situación ¿Cómo garantizar rentabilidad a los inversionistas y a la vez exigir servicios públicos de calidad? ¿Cuáles son los principales factores que se toman en consideración al momento de establecer las tarifas?

Otro tema es: Cómo se puede hacer para que las tarifas sean más eficientes; es decir, para que haya mayor competitividad y se llegue a menores precios. Lo que se tiene que hacer es justamente promover inversiones más eficientes, en primer lugar, eso sería para la generación. En el caso de la transmisión, como es un monopolio, se tendría que tener una buena planificación de la transmisión para que se establezcan las líneas de transmisión adecuadas, de menores costos, porque si se tiene líneas que no tienen la ruta, ni las dimensiones adecuadas y luego hay que reconocerlas, esos costos se pasarían al consumidor, sobre todo si son a través de *contratos BOOT*², por ejemplo. Entonces ahí lo que se necesita es una buena planificación. Considero que hay un tema que es importante que lo estamos dejando un poco de lado en el país, o por lo menos que no le estamos prestando la suficiente atención, y es que el Perú tiene un gran potencial hidráulico y lo que se necesita es ver la forma de desarrollar hidroeléctricas eficientes.

7. Al ser el Perú un país institucionalmente débil uno de los mecanismos usados para atraer inversión en sectores altamente politizables, como son los servicios públicos, fueron los contratos ley, que garantizaban un marco estable para los inversionistas. Sin embargo el riesgo asumido es que dicho mecanismo le podría quitar flexibilidad a la política regulatoria. ¿Cuál es el balance que hace de esta situación? ¿Los incentivos que generan los contratos ley podrían ser superados por algún mecanismo alternativo?

Bueno, no siendo abogado, manejar el término *contrato ley* se me hace un poco difícil, porque indudablemente, sobre todo en el caso de transmisión que donde se han desarrollado la mayor parte de *Contratos Ley*, lo que se hace es garantizar a la empresa transmisora un cierto ingreso que está por encima de lo que pueda determinarse en las tarifas que se darían por regulación de acuerdo al organismo regulador y de acuerdo a ley. Y es por esto que se ha tenido que manejar con el rango de *Contrato Ley*. Ahora, nuevamente, lo que estamos proponiendo con el *Libro Blanco* y que de repente no tendrían que ser a través de contratos ley, sino simplemente mediante contratos es que, una vez que se establece cuáles serían las nuevas inversiones necesarias en transmisión de acuerdo a una planificación, se le asegure a los inversionistas una renta, en el caso de las transmisoras durante 30 años, que es el tiempo que se requiere para pagar en forma adecuada una línea de transmisión. Entonces, con eso

se tendría un acercamiento entre lo que sería la nueva ley y lo que serían los nuevos contratos.

8. Las concentraciones empresariales pueden generar en muchos casos eficiencias en el mercado, por ello la legislación de competencia admite la legalidad inicial de las mismas a menos que se presenten supuestos que evidencien la puesta en riesgo del proceso competitivo. Sin embargo, el sector energía a diferencia de los demás sí considera necesario el control de concentraciones empresariales ¿Cuál es la razón que justifica esta particularidad? ¿Es acaso un problema de costos hundidos o monopolios naturales?

Diría básicamente que en el caso de la generación, todavía cuando se dictó la ley, no existía la seguridad de que habría suficiente competencia en la misma. En el caso de la generación sí se puede desarrollar competencia. Ahora se está tratando de desarrollar estos mecanismos, pero con ciertos controles bajo un nuevo esquema. En el caso de la transmisión y de la distribución, son monopolios naturales y la única forma -y eso se reconoce incluso en la economía de mercado- de controlar los monopolios naturales es a través de la regulación. Junto con la regulación también vendría un análisis de control de fusiones y de concentraciones. Sin embargo, en el mundo, por ejemplo en Estados Unidos, se controla las concentraciones de las empresas y lo que se observa es que mientras haya una concentración en un sector que no supera de un determinado nivel no se interviene, caso contrario sí se procede con la intervención.

“Otro aspecto que también tiene que ver con los movimientos en contra de la privatización es que antes que se tuviera la privatización del sector eléctrico se liberalizaron los precios, es decir, se permitió que los precios de electricidad subieran”

9. Existe el riesgo de que el organismo regulador pueda ceder o verse influenciado en sus decisiones debido a la presión ejercida por parte del gobierno, de las empresas reguladas o de los propios consumidores ¿Cómo fortalecer la autonomía institucional de los reguladores?

No solamente el organismo regulador, sino cualquier empresa o cualquier institución siempre están sujetos

² Contratos BOOT: Mecanismo utilizado para las nuevas inversiones. Consiste en otorgar una remuneración a través de un peaje calculado con base a un Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) fijo igual a su oferta, los cuales se ajustan anualmente de acuerdo a un índice de precios. El Costo de Operación y Mantenimiento lo calcula OSINERG en base a estándares de eficiencia.

a presiones y la cuestión es poder tener suficiente transparencia, poder probar que las decisiones que estas instituciones toman son técnicas para poder resistir a las presiones por parte de cualquier actor. Considero que en el caso del Perú el regulador tiene independencia. O sea, estamos bastante avanzados respecto a las instituciones reguladoras en el Perú. Sin embargo, a pesar que tenemos nuestro propio presupuesto hay quizás excesivos controles presupuestarios ex ante (restricciones para viajes técnicos, contrataciones que se extienden más de lo necesario), cuando podrían ser ex post, como cualquier institución. Estamos sujetos a las normas de contratación del Estado que en mi opinión sí generan muchas ineficiencias, como por ejemplo, sucede en el caso de alguna empresa que ha participado en una licitación, y está descontenta con el resultado considerando que el proceso ha tenido un sesgo en contra de su representada y procede a impugnar el proceso, llevando a que el procedimiento se postergue en 3 o 4 meses más, hasta que CONSUCODE se pronuncie. Ello, nos obliga a prescindir o dilatar trabajos de consultoría cuya opinión nos ayudaría a tomar ciertas decisiones importantes para el mercado.

10. Sobre el tema del gas ¿Cuál fue la influencia que causó el desarrollo de Camisea en sector de Energía? ¿Cuáles son las perspectivas que tiene acerca del desarrollo de este proyecto? ¿La estructura creada para la explotación, transmisión y distribución del gas es la adecuada?

Si nosotros nos fijamos, no solamente en los países vecinos de América Latina, sino también en otros países del resto del mundo, en estos momentos hay bastantes problemas con las fuentes de energía para generar electricidad. Se podrán dar ustedes cuenta, a pesar de algunos inconvenientes, que en el Perú seguimos teniendo la electricidad que se demanda, y los precios, contrariamente a lo que se dice, no han subido, sino que inclusive han ido bajando poco a poco. Nadie dice que hayan bajado de golpe pero han ido bajando poco a poco, mientras que en otros países tienen que irlos subiendo y tienen crisis energética, apagones serios, no digo que en el Perú no los haya pero en el Perú son más apagones por fallas técnicas y no por deficiencia en energía como lo hay en otros países. Entonces en ese sentido, el Gas de Camisea ha permitido que se mantengan los precios y que haya suficiente electricidad. Indudablemente, paralelo a esto se debería promover las hidroeléctricas para que existan dos fuentes distintas de aprovechamiento en la generación de electricidad, y entonces el país cuente con una solidez muy grande en el sector eléctrico.

Las perspectivas en cuanto al desarrollo de este proyecto es que se siga promoviendo su crecimiento y que indudablemente siga habiendo energía para electricidad y también para el sector industrial. Tengo entendido que para el transporte público y privado también el gas natural baja muchísimo los costos, en aproximadamente la mitad respecto al precio de la gasolina, y en ese sentido también tiene buenas perspectivas. Para el uso doméstico,


también es importante, aunque en proporción al total no es muy significativo, pero es importante para aquellos que decidan utilizarlo.

La estructura creada para la explotación, transmisión y distribución del gas es adecuada. Bueno, como estructura sigue la de otras partes del mundo donde se ha tratado de crear una industria de gas en la cual se separen las actividades para que pueda haber mayor competencia y responsabilidad por parte de cada una de las mismas. Lo que sucede en el Perú es que actualmente existe una fuente de gas con gran capacidad, que es la de Camisea, cuyo recurso se moviliza a través de un solo ducto, y si bien desde el punto de vista de estructura quizás en estos momentos es difícil pensar en una alternativa a corto plazo, el tener un solo ducto quiere decir que gran parte de la generación en electricidad va a depender fuertemente de que ese ducto este siempre operativo. En el caso de que hubiera algún problema con el mismo, habría que pensar pues en qué alternativas existen para suplir esa falta de gas. Ese es el único problema que considero debería tomarse con mucho cuidado.

11. Finalmente ¿Cuáles son las deficiencias que desde su sector, observa en el marco regulatorio actual? ¿Se podrán ver superadas en caso el Congreso apruebe el llamado Libro Blanco?

Las primeras dos deficiencias que sí se pueden superar con el *Libro Blanco*, como ya he mencionado, son: en el caso de la **generación**, corregir el problema de la incertidumbre debido a que las tarifas son fijadas por Osinerg cada año, y al no saberse cuáles van a ser éstas, es más difícil celebrar contratos que den una garantía al inversionista de qué precio van a obtener. Con el Libro Blanco al abrirse a la licitación las necesidades de las distribuidoras esto se eliminaría. Lo que quedaría por asegurar es si realmente hay competencia en generación, eso va a ser –creo– en parte el reto en estas licitaciones.

Respecto a la **transmisión**, a través de la propuesta de licitaciones, lo que hace el Libro Blanco es básicamente ordenar como serían las ampliaciones en nuevas redes de transmisión y cómo asegurarles un precio, también estable a lo largo del tiempo al inversionista, reduciéndole la incertidumbre respecto a una rentabilidad adecuada, siempre y cuando cumpla con todas las condiciones que le corresponda a la empresa.

Desde el punto de vista de distribución, considero que este tema no se ha tocado lo suficiente. Existen ciertamente iniciativas como el proyecto del Banco Mundial, que es un proyecto relativamente piloto, donde existe la posibilidad de generar energía alternativa, pero son proyectos aislados. También se ha dado la participación del Estado a través de la Dirección Ejecutiva de Proyectos (DEP), de manera que se pueda ir extendiendo la red de distribución, pero creo que ahí todavía falta profundizar y estudiar un poco más el tema para que sea más eficiente 

mayor que en los que, por el contrario, prima la visión opuesta.

3. *Teniendo en consideración la reciente experiencia boliviana, ¿el Estado debe ser el titular de aquellos servicios necesarios para los intereses generales de la comunidad, o puede también reclamar titularidad sobre “sectores estratégicos” o altamente rentables?. ¿Qué mecanismos de defensa frente a tales medidas tendrían las empresas afectadas por dicha “nacionalización”.*

Partiendo de un plano aún más general que el planteado me gustaría señalar que no existe, a mi juicio, una receta mágica o única respecto a qué modelo debe seguirse. Se trata de una definición política y no técnica, susceptible de variar según las características de cada país o región.

La experiencia internacional indica que mientras en algunos sistemas como el norteamericano el éxito en la prestación de los servicios no ha dependido de la titularidad estatal, en otros sistemas su transferencia al sector privado no ha dado el resultado esperado, sea por culpa del prestador o del regulador.

En regiones como la nuestra, caracterizada tanto por una preocupante debilidad institucional como por las dificultades existentes para generar localmente capital genuino (con algunas salvedades como el caso de Chile y su sistema de AFP), uno de los presupuestos básicos para el desarrollo es el de asegurar la estabilidad de las reglas de juego. Puede optarse por un sistema de propiedad estatal (total o parcial) o transferirse ella al sector privado. Sin embargo, de optarse por un sistema en el que participa el sector privado, una vez elegido él debe ser respetado.

Como es sabido, caracterizados por inversiones a largo plazo que por su naturaleza se consideran hundidas y no son trasladables (particularmente en el caso de las redes), los servicios públicos son particularmente sensibles a los cambios de criterio y al oportunismo político. Modificaciones consideradas menores para quienes no se encuentran familiarizados con su funcionamiento pueden afectar de modo sustancial el financiamiento de las empresas –al incidir en la tasa de interés que deben abonar o la propia posibilidad de acceder al crédito– y repercutir necesariamente sobre la inversión a realizar o las tarifas a percibir.

Sin que ello importe una definición aplicable indistintamente en cualquier tiempo y lugar, mi experiencia personal me lleva a inclinarme en favor de sistemas en donde la prestación de los servicios es efectuada por el sector privado –regido como tal por criterios económicos y no políticos– reservándose el Estado la función de regulación y control. Tales sistemas pueden establecer mecanismos adecuados a fin de asegurar que (i) el sector privado cumpla adecuadamente con sus obligaciones a través de

esquemas de premios y castigos y (ii) la prestación se producirá aun en aquellas áreas o ámbitos menos atractivos mediante el establecimiento de sistemas alternativos específicos (servicio universal, provisión en áreas rurales, etc).

En cuanto a la titularidad de la prestación, como expliqué anteriormente, ella dependerá del modelo elegido. En aquellos sistemas en que se convoca al sector privado, el modo en que se regula esa participación –incluyendo la transferencia o no de la propiedad (en forma parcial o total)- repercute necesariamente en el precio pagado (sea a través del pago directo inicial al Estado, inversiones comprometidas o tarifas a abonar por los usuarios).

Finalmente, en relación a los mecanismos de defensa a disposición de los prestadores o sus accionistas ante eventuales nacionalizaciones o expropiaciones, ellos variarán de acuerdo a las previsiones existentes en cada sistema jurídico.

En general, la legislación local contemplará mecanismos tendientes a otorgar protección o compensación contra la confiscación o la expropiación, cuya eficacia práctica dependerá de la estabilidad institucional y de la independencia que gocen los órganos llamados a impartir justicia.

En algunos supuestos podrán existir, además, mecanismos de protección adicionales, sea a través de acuerdos de inversión, tratados bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones o, inclusive, acuerdos multilaterales (como el NAFTA) que contienen previsiones específicas.

4. *Respecto del régimen contractual en la concesión de servicios públicos, si el interés público varía en el tiempo ¿Se justifica un ius variandi por parte del Estado respecto de estos contratos? ¿Cómo compatibilizar el interés público, con la seguridad jurídica a la inversión privada?*

La pregunta formulada es nuevamente de difícil respuesta. Tradicionalmente se ha considerado, siguiendo al derecho administrativo francés, que el concedente cuenta con la posibilidad de modificar las condiciones en que se efectúa la prestación en la medida en que se mantenga el equilibrio de las prestaciones, comúnmente reconocido a través de la llamada “ecuación económico-financiera del contrato”. En función de ello, uno de los escasos ámbitos en los cuales no sería factible esa modificación es en el relativo a la remuneración del contratista.

Lo cierto es, sin embargo, que los principios sentados en la materia durante el siglo XIX, pensados más para un servicio público de naturaleza local con necesidades de capital limitadas (alumbrado local o servicio de recolección de residuos municipal) no siempre resultarán trasladables a servicios de envergadura mayor y necesitados de grandes inversiones. La

necesidad de acceder a tales capitales ha obligado a los Estados a *aggiornar* sus exigencias a fin de facilitar proyectos que en numerosas ocasiones no serían financiables de otro modo.

En función de ello, el Estado ha optado en numerosas ocasiones por limitar sus potestades modificatorias sea, por ejemplo, renunciando a la posibilidad de rescate, limitando la potestad rescisoria o consagrando la imposibilidad de modificar unilateralmente el contrato o la licencia. Si bien algunos autores consideran a tales autolimitaciones censurables, a mi juicio ellas son plenamente válidas y deben respetarse como cualquier otro compromiso asumido de buena fe por los contratantes. El contrato administrativo es, más allá de las prerrogativas estatales, esencialmente un contrato y por ello ha de atenerse a la voluntad de las partes.

El mejor modo de compatibilizar el interés público y la seguridad jurídica es limitando al mínimo sus modificaciones. En aquellos supuestos donde ellas resultan inevitables, las modificaciones deben intentar ser canalizadas por los mecanismos previstos al efecto (la mayor parte de los contratos o licencias prevén mecanismos de revisión para supuestos excepcionales) y, de no existir ellos, alentando en lo posible el acuerdo entre el concedente y el concesionario.

5. *Una herramienta utilizada para introducir la competencia es la de distinguir entre regímenes altamente regulados y regímenes de competencia, separando actividades dentro de la prestación de servicios públicos. Esto sucede en el sector eléctrico peruano, con las actividades de generación y distribución de energía. Sin embargo, no han faltado críticas respecto del excesivo control en las actividades reguladas, y la prohibición de que un agente económico participe en más de una actividad en la prestación del servicio público, evitando la integración vertical. ¿Resultaría beneficioso aplicar estas medidas en países donde el mercado aún no es muy extenso y con pocos agentes que intervienen en la prestación de los servicios públicos?*

No me resulta fácil responder esta pregunta sin conocer en detalle el panorama del mercado eléctrico peruano.

En principio, la segmentación vertical encuentra justificación en la medida en que haya posibilidad de competencia efectiva en los sectores abiertos a la competencia como la generación eléctrica.

Si tal competencia no existe ni resulta posible (por ejemplo por la limitada magnitud económica del negocio), la segmentación carece de sentido.

Por el contrario, si esa competencia existe o resulta posible, la posibilidad de participar al mismo tiempo en el negocio de red (transmisión eléctrica)

y en generación no es en general recomendable y cuando ella es admitida la regulación justamente se incrementa a fin de asegurar el acceso a la red de los operadores en competencia (*open access*) en igualdad de condiciones.

En consecuencia, si bien resulta posible la admisión de una integración vertical por falta de eventuales competidores, ella traerá en general aparejada una mayor regulación tendiente a recrear la competencia ausente.

6. *¿Cuál es la función concreta de un organismo regulador de la prestación de Servicios Públicos? Respecto de sus potestades, ¿es deseable que sean estos organismos quienes intervengan con políticas y normas en beneficio del consumidor?*

Numerosas han sido las funciones que se le han atribuido a los entes reguladores. Si tuviera que resumir en pocas palabras la función esencial que a mi juicio deben seguir los reguladores (sean ellos entes con personalidad jurídica propia u órganos desconcentrados dentro de la Administración) sería la de *proteger el debido funcionamiento del servicio*.

¿Qué significa ello? Que deben actuar activamente en defensa del servicio tanto frente al prestador cuando no cumple él adecuadamente con sus funciones como frente al poder político (Administración nacional, provincial o municipal) o terceros a fin de asegurar las condiciones que permitan su normal desarrollo. Del mismo modo que debe sancionarse al prestador que no cumpla con sus compromisos, debe actuarse frente al municipio que no facilita la realización de una obra o contra el funcionario político que pretende alterar el funcionamiento del sistema con una motivación política.

En nuestros países se ha desarrollado la idea de pujas permanentes (Administración-administrado; prestador-usuario) que resulta conveniente evitar.

El servicio público –al igual que la actividad administrativa– solo puede desarrollarse eficazmente en un ámbito de colaboración entre los interesados y una de las principales funciones que deben desempeñar los entes reguladores es justamente la de actuar para que ello se cristalice. Trabajar en favor del desarrollo del servicio es la mejor manera de proteger los intereses tanto de los usuarios actuales como de los futuros. Ello presupone, por cierto, una calidad institucional, una educación cívica y un respeto de la independencia de los entes reguladores en la mayor parte de los casos ausente en nuestros países.

Más allá del alcance mencionado y de ciertas regulaciones específicas –como los llamados reglamentos del usuario o la administración de ciertos mecanismos de resolución de controversias menores– no me parece conveniente que sea el regulador quien tome a su cargo la defensa del usuario. Ella podrá ser ejercitada por otros órganos del Estado o de la propia

comunidad (asociaciones de usuarios o consumidores) y resulta conveniente que el regulador mantenga su neutralidad.

7. *Con la finalidad de garantizar su independencia, ¿deberían tener reconocimiento constitucional los organismos reguladores? De otro lado, ¿debería haber una política de regulación sectorial o unitaria? Tenemos conocimiento de un proyecto de ley argentino que pretendía establecer un régimen general para los servicios públicos, ¿cuál es su posición respecto de dicho proyecto?.*

No creo que el reconocimiento constitucional de los organismos reguladores incida decisivamente en su independencia. Suponer ello podría importar pensar que –en caso de presentarse el supuesto de tensión que prueba la eficacia de la norma– la forma primará sobre la realidad y la experiencia parece indicar lo contrario.

Lo decisivo no será, a mi juicio, la jerarquía de la norma que se utilice sino el grado de respeto que la sociedad demuestre por la regla establecida. Más que la forma utilizada para consagrarla, será la conducta de la sociedad (y particularmente de los poderes instituidos) ante eventuales violaciones lo que demostrará la eficacia del sistema jurídico.

Reformas constitucionales, normas de emergencia, decretos de necesidad y urgencia e interpretaciones judiciales particulares son solo algunos de los innumerables instrumentos utilizados para obviar las reglas. Por mejor que sea la norma, el poder siempre encontrará otra norma para sortearla en la medida en que exista voluntad política de hacerlo y la sociedad no reaccione adecuadamente contra ello.

La Constitución norteamericana es particularmente breve y se ha mostrado en el tiempo más efectiva que numerosas constituciones latinoamericanas

infinitamente más extensas y detalladas. ¿Qué decir, por cierto, de la Constitución británica ni siquiera existente en forma escrita como tal? Del mismo modo, con menores garantías formales de independencia el Consejo de Estado francés se ha mostrado en la práctica más independiente frente a la Administración activa que muchos de nuestros órganos judiciales.

En definitiva, el reconocimiento constitucional de los entes reguladores y de su independencia podrá ser un elemento adicional –en algunos casos una valla formal más para evitar conductas arbitrarias– pero en la mayor parte de los supuestos no resultará suficiente para asegurar la independencia deseada.

En cuanto a la opción de un modelo de regulación unitario o sectorial, tiendo a pensar que lo más conveniente es una combinación de ambos modelos. En cuanto sea posible, resulta conveniente que aquellos aspectos comunes a todos los servicios sean objeto de una regulación uniforme, manteniendo regulaciones sectoriales o específicas en aquellos aspectos puntuales que lo justifiquen.

En relación al proyecto argentino, mi posición ha sido particularmente crítica. No tanto por la decisión de optar por un régimen general o particular sino porque importaba una modificación encubierta a la mayor parte de los marcos regulatorios, licencias y contratos de concesión vigentes. Su sanción hubiera generado nuevamente una litigiosidad innecesaria y dudas adicionales respecto a la existencia o no de seguridad jurídica. Como expliqué anteriormente, la elección de uno u otro modelo es una decisión política y, como tal, cualquiera de ellas es válida. Pero una vez ejercida la opción, ella debe ser respetada.

En función de ello, señalé públicamente que lo mejor que podía hacer el Gobierno con ese proyecto era archivarlo 