
Las nuevas agencias reguladoras

“Ni muy muy... ni tan tan”

Alejandro Falla

Abogado. Master en Regulación por London School of Economics and Political Science.

Uno de los aspectos usualmente soslayado en el análisis de los resultados de la reforma regulatoria - entendida de manera amplia como una redefinición del rol del Estado y del sector privado en el desarrollo y la supervisión de dichas actividades- a la que han estado sometidas las industrias de los denominados “servicios públicos” en los últimos años (telecomunicaciones, energía, saneamiento, e infraestructura de transporte), es el análisis de los cambios registrados a nivel institucional.

Es el caso que el proceso de reforma regulatoria de las industrias de servicios públicos ha traído consigo la aparición de nuevos actores los cuales pugnan por influir e influyen -para bien o para mal- en la definición de la regulación de dichas industrias. Dentro de este grupo podemos comprender a las asociaciones de consumidores que pugnan por “mejorar” las condiciones de los usuarios de los servicios, entidades cooperantes (Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo [BID], por ejemplo) dispuestas a prestar al Estado millonarias sumas de dinero con el objeto de “mejorar el clima para las inversiones en el país”, consultores internacionales especializados en temas regulatorios con modelos “a pruebas de balas”, periodistas y comunicadores especializados en “temas regulatorios”, entre otros.

Dentro de este grupo de nuevos actores, hay uno que ocupa una posición especialmente influyente en la definición y aplicación de la regulación. Nos referimos

a las denominadas Nuevas Agencias Reguladoras (en adelante NARs)⁽¹⁾, popularmente conocidas en nuestro medio como las “Osis” (OSITRAN, OSIPTEL, OSINERG, SUNASS y, hasta cierto punto, INDECOPI).

En el presente artículo se busca identificar los beneficios y costos que se ha derivado de la creación y puesta en funcionamiento de las Nuevas Agencias Reguladoras. Dicho de otra manera, el artículo busca identificar cuál ha sido el resultado neto derivado de la creación de las NARs, como parte de la reforma a la que han estado sometidas en los últimos años las industrias de los servicios públicos.

Este ensayo busca responder a dicha pregunta dentro del contexto de las reformas que han tenido lugar tanto en el Reino Unido como en el Perú⁽²⁾ en la década de los ochenta y noventa. No obstante las evidentes diferencias existentes entre los dos países en términos de desarrollo económico, ambos llevaron a cabo un intenso proceso de reforma de las industrias de servicios públicos bajo un mismo patrón (reestructuración, privatización, liberalización y desregulación), donde la creación de las NARs ha ocupado un lugar central en la agenda de la reforma.

El artículo concluye que, la creación y puesta en funcionamiento de las NARs ha tenido resultados ambiguos. Aunque puedan ser identificados algunos efectos positivos, la creación e implementación de las NARs ha dado origen a importantes costos y problemas aún sin solución.

(1) Se debe enfatizar que el modelo de agencias reguladoras independientes o semi-independientes no es ajeno a la tradición británica (ver: PROSSER, Tonny. *Law and the Regulators*. Oxford: Clarendon Press. 1997. p. 33-45) ni peruana, antes de la reforma de las industrias de servicios públicos. Este ensayo está centrado sólo en las agencias que han sido establecidas como parte de las reformas de dichas industrias desde 1980.

(2) Tanto en el Reino Unido como en el Perú se ha llevado a cabo un amplio programa de privatización de algunas empresas de servicios públicos, que han pasado a manos privadas bajo regulaciones específicas administradas por organismos independientes.

1. Las Nuevas Agencias Reguladoras y su aparente éxito.

Un importante componente de la reforma regulatoria de las industrias de servicios públicos desde 1980 ha sido la creación de agencias reguladoras a las que se les ha asignado determinadas responsabilidades (generalmente, a cargo de hacer cumplir las políticas y regulaciones establecidas por el Poder Ejecutivo), y a las que se les ha asignado cierto nivel de libertad administrativa y autonomía política, quedando sujetas a ciertos mecanismos de control.

El modelo de organismo regulador “semi-independiente” fue tempranamente adoptado por el gobierno británico en 1984. Algunos analistas han señalado que en lo que se refiere a la experiencia británica, las agencias reguladoras fueron diseñadas apresuradamente y con un mínimo de investigación y retrosección⁽³⁾, casi como una “ocurrencia tardía” y en una “atmósfera de pánico”⁽⁴⁾. Estas nuevas agencias reguladoras no fueron objeto de un significativo debate político al inicio del proceso de privatización⁽⁵⁾.

El deseo de evitar que los tribunales se conviertan en un mecanismo para cuestionar las decisiones regulatorias⁽⁶⁾ así como, el deseo de promover la competencia al interior de las industrias de servicios públicos⁽⁷⁾, llevó al gobierno británico a adoptar para el caso de las industrias de los servicios públicos el modelo institucional de las autoridades británicas a cargo de la supervisión de las reglas de la competencia (Office of Fair Trade-OFT).

Al igual que en el caso de la OFT, se estableció una agencia para cada industria a cargo de una sola persona (Director General) quien pese a ser nombrada por el gobierno debía mantenerse “independiente” de él en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, la creación de dichas agencias no implicó la concentración absoluta de todas las funciones regulatorias de las

industrias de servicios públicos en una sola agencia: otras instituciones o agencias mantuvieron ciertas facultades y responsabilidades regulatorias sobre el sector. Así por ejemplo, el Secretario de Estado mantuvo la facultad de otorgar las licencias, así como la facultad de cuestionar fusiones o concentraciones en el sector.

En el caso del Perú, siguiendo las experiencias extranjeras (especialmente la experiencia británica) y probablemente bajo cierta presión externa, se crearon nuevas agencias reguladoras como parte del proceso de reforma de las industrias de servicios públicos⁽⁸⁾. Se debe enfatizar que, al igual que en la experiencia británica, el deseo de evitar la participación de los tribunales en el proceso de regulación habría llevado al gobierno a adoptar el modelo de organismos reguladores independientes; al principio del proceso de reforma, existía una clara desconfianza en la capacidad de los tribunales para tratar los temas relativos a la regulación. Precisamente la desconfianza en el Poder Judicial y la necesidad de su reforma es la que -al menos a nivel del discurso oficial- habría motivado el golpe de Estado de abril de 1992.

Otra importante razón que habría llevado al gobierno a adoptar el modelo de organismos reguladores independientes fue el deseo de otorgar al inversionista potencial cierta estabilidad y credibilidad en la regulación. Dicha garantía resultaba importante para atraer inversiones a dichas industrias, tomando en cuenta la discrecionalidad con la que actúa el Ejecutivo y el estilo centralizado de toma de decisiones que han sido características de la región⁽⁹⁾.

En la experiencia peruana el modelo institucional privilegiado en el proceso de reforma fue el de los organismos colegiados y no el de agencias unipersonales como en la experiencia británica. La mayoría de los organismos reguladores cuentan con un directorio integrado por varias personas con cierta concentración de facultades en el Presidente del

(3) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 57.

(4) WILKS, Stephen. *Utility Regulation, Corporate Governance, and the Amoral Corporation. Changing Regulatory Institutions in Britain and North America*. 1998. p. 136.

(5) THATCHER, Marck. *Institutions, Regulation and Change: New Regulatory Agencies in British Privatized Utilities*. En: *West European Politics*. Volumen 21 (1), 1998. p. 125.

(6) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 57.

(7) WILKS, Stephen. Op. cit.; p. 136.

(8) INDECOPI para la regulación de la competencia en los mercados; OSIPTEL para la regulación de las telecomunicaciones; OSINERG y CTE para la regulación de la energía; OSITRAN para la regulación del transporte; SUNASS para la regulación del agua, entre otras.

(9) Sobre los problemas contractuales entre los inversionistas y el gobierno y el diseño de los entes reguladores en el contexto de la reforma de las empresas de servicios públicos en Latinoamérica y el Caribe, véase: GUASH, Luis y Pablo SPILLER. *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*. Banco Mundial: Washington D.C., 1999.

Consejo Directivo. Al igual que en el modelo británico, los organismos reguladores son nombrados por el Ejecutivo pero permanecen independientes del Ejecutivo en el proceso de toma de decisiones. En la mayoría de los casos, el presupuesto público no es la principal fuente de ingresos de las agencias reguladoras: sus ingresos provienen directamente de las mismas industrias reguladas a través de aportes por regulación.

En ambas experiencias el resultado fue el mismo: un nuevo jugador fue incorporado al “juego regulatorio”⁽¹⁰⁾. El establecimiento de estas nuevas agencias ha sido identificado en Latinoamérica como una manifestación del proceso conocido como “Modernización del Estado”⁽¹¹⁾; en el contexto europeo, dicho hecho ha sido identificado como una manifestación del nuevo “Estado Regulador”⁽¹²⁾. En ambos casos, se puede decir que las NARs han cambiado el “rostro del Estado” y los patrones en los que se desenvuelve el juego regulatorio en materia de industrias de servicios públicos.

2. Evaluando el resultado del establecimiento de las NARs.

¿Hasta qué punto la creación de las NARs ha servido para superar los problemas institucionales que han sido identificados⁽¹³⁾ como característicos de la

Las NARs no han probado ser un modelo institucional perfecto ni la “solución” a todos los problemas institucionales registrados en el período de la propiedad estatal. No obstante ello, (...) es claro que pueden introducirse algunas mejoras en el modelo.

regulación en el período previo a los procesos de privatización? Como se verá más adelante, el éxito alcanzado en el logro de dicho objetivo es poco claro y, en cualquier caso, los logros alcanzados resultan discutibles.

Uno de los más importantes beneficios institucionales que han sido identificados como asociados a la reforma de las industrias de servicios públicos es la gran transparencia y apertura que caracteriza el proceso regulatorio de dichas actividades después de la reforma, en comparación con el período anterior⁽¹⁴⁾.

En la experiencia británica, el regulador de las telecomunicaciones (Ofel) ha sido el líder en el

(10) Cabe destacar que este hecho no es exclusivo del ámbito de las industrias de servicios públicos. Distintas actividades económicas han experimentado el desarrollo de nuevas agencias reguladoras. En el Reino Unido, desde 1988, 140 nuevas agencias reguladoras han sido establecidas (MANNING, Nick. *Creating semi-autonomous agencies in the OECD: separating ends from means*. Documento no publicado preparado para la conferencia “The New Shape of the State in Latin America: Can Autonomous Agencies Modernize the Public Sector in Peru?”. Conferencia organizada por PromPeru, Syracuse University, Maxwell Scholl, Universidad del Pacífico, y el Banco Mundial. Syracuse, abril de 2000). En el Perú, el desarrollo de las NARs ha cubierto diferentes sectores: desde Administradores de fondos de Pensiones (ONP) hasta promoción de imagen e inversiones (PROMPERU); desde el desarrollo de la formalización de la propiedad (COFOPRI) hasta la administración de la Seguridad Social (ESSALUD).

(11) En el caso del Perú, estos organismos se han caracterizado por contar con una dotación de recursos (humanos y económicos) superiores comparativamente con las que cuentan las entidades del sector público tradicional. En efecto, el presupuesto de las NARs está directamente sostenido por las empresas reguladas, lo que les ha permitido tener un cierto nivel de independencia administrativa y flexibilidad que contrasta con la escasez e inflexibilidad de recursos que caracteriza a otras entidades públicas. Además, debido a esta independencia administrativa, esos organismos han tenido la posibilidad de contratar profesionales calificados y especializados. La proliferación de PhDs y magisteres en las NARs contrasta con la pobreza de la calificación profesional del personal de otras entidades gubernamentales. Un buen ejemplo de ello es suministrado por la agencia reguladora del mercado (Indecopi): “(...) el personal de Indecopi se asemeja más a los “servicios” del sector privado que a las tradicionales agencias burocráticas latinoamericanas (...) los profesionales de Indecopi son jóvenes (79% son menores de 35 años) y bien preparados (97% tiene educación superior y 18% post-gradados). Muchos de los altos mandos han sido especialmente entrenados (87% de los post-gradados vienen de EEUU o Europa)”. BOZA, Beatriz (editora). *Peru's Experience in Market Regulatory Reform: Lessons From the First Five Years of INDECOPI, 1993-1998*. Indecopi. Lima, 1998. p.30.

(12) Con relación al surgimiento del “Estado regulador”, véase dos textos de MAJONE, Giandomenico. *From the positive to the regulatory State*. En: *Journal of Public Policy*, 1997, 17(2); y *The rise of the Regulatory State in Europe*. En BALDWIN, Robert y otros. *A reader on Regulation*. 1998.

(13) PROSSER; Tonny. Op. cit.; p. 42.

(14) “However, (...) a greater degree of regulatory transparency -from the perspective of the ordinary consumer- now exists than was the case when the government acted as the regulator of the utilities. There is, unequivocally, more and better

desarrollo de procesos de consulta ciudadana y en los esfuerzos por hacer accesible a los ciudadanos la información relativa a los procesos regulatorios⁽¹⁵⁾, mientras que el regulador de los servicios de saneamiento (Ofwat) ha demostrado un grado importante de apertura con la publicación de las cartas del Director General a las compañías sujetas a regulación⁽¹⁶⁾.

Experiencias similares se pueden encontrar en el proceso peruano: incluso antes de convertirse en procesos obligatorios, OSIPTEL llevó a cabo procesos de consulta pública como parte de los procesos regulatorios a su cargo, hecho que reveló un claro compromiso por fomentar la participación ciudadana en el proceso regulatorio.

Esta transparencia y apertura del proceso regulatorio impulsada por las NARs ha proporcionado a los consumidores y a los medios de comunicación la posibilidad de influir en la política y prácticas de la industria de servicios públicos, así como ha permitido mejorar los procesos de “rendición de cuentas” permitiendo una más clara identificación del responsable en la adopción o supervisión de las decisiones regulatorias.

Dicha transparencia y apertura del proceso se deriva claramente de acciones voluntarias introducidas por las propias NARs, más que la imposición por una norma determinada⁽¹⁷⁾. Aún en los casos en los que dichos procesos o mecanismos han devenido en obligatorios al ser establecidos en normas o estatutos, resulta indiscutible el papel de las NARs en el desarrollo de las mismas. Como un experto señala: “indiscutiblemente, la fuerza primaria para el cambio ha

sido la influencia de los organismos reguladores”⁽¹⁸⁾. Desde este punto de vista, estos “beneficios” se derivan claramente de la creación de las NARs. Sin las NARs estos beneficios seguramente no se hubieran producido.

Otro factor que ha favorecido el desarrollo de un mayor grado de transparencia y apertura en los procesos regulatorios de las industrias de los servicios públicos ha sido la existencia de una diversidad de NARs. Efectivamente, la existencia de diferentes organismos reguladores y las divergencias públicas entre ellos ha creado un incremento en el nivel de información disponible al público sobre la regulación de dichas industrias. En la experiencia británica, esto se ha podido apreciar notablemente en el caso de la industria de servicios de saneamiento con ocasión al establecimiento y supervisión de las obligaciones de las empresas referidas a la calidad y medio ambiente, aspectos en los que interactúan varias agencias reguladoras⁽¹⁹⁾.

De lo anterior se puede concluir que, con la creación de las NARs, se han eliminado algunos de los problemas asociados al período previo caracterizado por: la falta de transparencia y apertura de los procesos regulatorios, así como la ausencia de condiciones para llevar a cabo procesos de “rendición de cuentas” por parte de quienes tenían a su cargo la gestión de las empresas de servicios públicos.

No obstante los progresos, los resultados no deberían sobreestimarse. Hay ciertas evidencias que sugieren que la creación de las NARs ha debilitado el proceso de “rendición de cuentas” al que deberían estar sujetos las entidades que ejercen facultades

information available in the public domain about the operation of the utilities industries than there was hitherto. In fact, the quantity and quality of data on the industries, being produced directly by or under the direction of the regulators, could be seen as one of the emerging strengths of the post-privatization regime” (ERNST, John. *Whose Utility?*. Buckingham-Philadelphia: Open University Press, 1994. p. 173). En la misma dirección la Hansard Society enfatiza: “(w)e seek greater openness and transparency in decision making, not only by the DGs but also by the Secretary of State”. Hansard Society and European Policy Forum. *The Report of the Commission on the Regulation of Privatized Utilities*. 1996. p. 8.

(15) SCOTT, Colin y otros. *Regulatory Space and Institutional Reform: the Case of Telecommunications*. En: *Center for the Study of Regulated Industries*. CRI Review. 1997. p. 245; PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 296.

(16) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 296.

(17) SCOTT, Colin y otros. Op. cit.; p. 245.

(18) ERNST, John. *Whose Utility?* Buckingham-Philadelphia: Open University Press. 1994. p. 175.

(19) En el caso peruano, ello también ha sido evidente en los procesos vinculados a la fusión o concentración de empresas eléctricas, en los que los reguladores involucrados en la evaluación de dichos procesos (Indecopi y OSINERG) han sostenido públicamente posiciones contrapuestas. Un ejemplo de ello lo constituye la opinión vertida por el OSINERG con ocasión al proceso de adquisición de ELECTROANDES por parte del PSEG. En dicha ocasión el OSINERG se opuso a dicha operación argumentando que: “(...) el acto de concentración referido no aportará beneficios al consumidor eléctrico y más bien podrá tener efectos negativos sobre la competencia en el sector. Este acto también se contrapone al proceso de reformas que se ha aplicado en el sector eléctrico y no es por lo tanto recomendable su autorización (...)”. Pese a ello la CLC, en base al Informe presentado por la Secretaría Técnica, aprobó sin condicionamientos la solicitud de autorización de concentración presentada por la empresa PSEG.

regulatorias⁽²⁰⁾ y, por otro lado, ha generado nuevas relaciones poco o nada transparentes.

Primero, la mejora registrada en relación con la apertura y transparencia del proceso de toma de decisiones en materias regulatorias no es uniforme existiendo notables diferencias entre un sector y otro. Así la actuación de los organismos reguladores británicos contrasta entre ellos⁽²¹⁾. Así la actuación del regulador de las telecomunicaciones británicas (Ofcom) en esta materia contrasta, por ejemplo, con la actuación de Ofgem, el organismo regulador de electricidad. En el proceso británico la naturaleza y extensión del proceso de consulta ciudadana ha sido largamente dependiente de la decisión del organismo regulador. Por lo tanto, las negociaciones secretas e informales entre el organismo regulador y las empresas reguladas han continuado existiendo como parte del proceso de regulación de las empresas de servicios públicos en algunos sectores.

Segundo, una nueva -y quizás más importante- relación secreta e informal, ha surgido entre el Ministro (Secretario de Estado, en la estructura británica) y el organismo regulador. Como Prosser enfatiza refiriéndose a la experiencia británica "(...) government has a more informal role in regulatory decisions; for example it was revealed that civil servants sat on a meeting between the Gas Regulator and British Gas concerning the setting of the TransCo price formula, and a meeting with the energy minister was scheduled before the final proposal were announced"⁽²²⁾. Aun cuando con posterioridad a la reforma la relación entre el ente regulador y las compañías reguladas es más abierta y transparente, una de las más importantes relaciones en los procesos regulatorios ha permanecido alejada de todo escrutinio público: la relación entre los

entes reguladores y las otras entidades del gobierno, naturalmente propensas al juego de los intereses políticos de corto plazo.

Tercero, la proliferación de las agencias reguladoras (NARs) muchas veces con jurisdicción superpuesta y con un rol y misión no claramente definidos, así como la presencia de múltiples jugadores privados en la "arena reguladora", han complicado el proceso democrático de "rendición de cuentas" de los organismos reguladores. El proceso de "rendición de cuentas" tanto de los reguladores como de las empresas que desarrollan actividades en las industrias, se ha complicado al punto que no resulta claro ante quién deben responder y respecto de qué actos deben responder.

En efecto, la división poco clara de las responsabilidades entre el Ministro y los administradores de las empresas públicas encargadas de prestar servicios públicos que caracterizó al período previo al de la reforma, ha sido reemplazada por una división poco clara de responsabilidades entre los diversos actores que interactúan o participan en las industrias de servicios públicos (reguladores, Ministro y empresas). La dificultad que tuvieron las autoridades británicas para identificar entre todos los actores involucrados en la industria ferroviaria (el operador de la infraestructura, el operador de los servicios de transporte, los organismos reguladores de la industria, el Secretario de Estado) al responsable del accidente de Paddington, nos proporciona un buen ejemplo de ello⁽²³⁾. Lo mismo cabría señalarse, respecto a la polémica pública desatada en el Perú, con ocasión al cobro por parte de empresas distribuidoras de electricidad de intereses por mora.

Cuarto, la imprecisa ubicación de las NARs en el marco constitucional -se les ha llamado "anomalías

(20) En relación con la experiencia británica: "(...) the institutional structure in Britain has been criticised for the weakness of its accountability and for the lack of procedural safeguards. This problem, the reliance of regulators on information provided by firms, and the history of bargaining between them, all suggest that the system may not be as resistant to the influence of private interest as its proponents hoped". OGUS, Anthony. *Regulation. Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 313.

En el mismo sentido se señala: "(...) regulation is a bargaining process in which the regulated industries still have the greatest interest, and the greatest power. The process of decision -making -for example over price formula revisions- has been more open than which it replaced, but the extend and nature of consultation also seems to be largely at whim of the individual regulator. It is notable, and perhaps regrettable, that there is an emerging UK system no equivalent to the open hearing of the US regulatory system. These at least ensure that the complex and uncertain business of regulation takes place under the public gaze." WINWARD, John. *Privatization and Domestic Consumers En: Privatization and Economic Performance*. p. 264.

(21) ERNST, John. Op. cit.; p. 181.

(22) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 293.

(23) La terrible colisión ocurrida junto a la estación londinense de Paddington el 5 de octubre de 1999, y que dejó un saldo de treinta y un muertos y decenas de heridos, ha sido considerado como uno de los peores accidentes ferroviarios ocurridos en la década de los noventa en Gran Bretaña.

constitucionales⁽²⁴⁾ ha forzado el uso de mecanismos tradicionales de “rendición de cuentas” (frente al Congreso, por ejemplo) que por su naturaleza (básicamente se trata de mecanismos de control político) no se adecuan a la naturaleza y funciones de las NARs. Este hecho no sólo expone a las NARs a mecanismos que podrían desnaturalizar el sentido de sus decisiones -haciéndolas más sensibles a intereses políticos de corto plazo- sino que además deja parte de sus actividades sin supervisión y control: es probable que los políticos se interesen sólo por materias o decisiones que resulten “políticamente sensibles” o, lo que es lo mismo, que afecten directamente las preferencias de sus electores.

Finalmente, con relación a la “rendición de cuentas” de las NARs a través de los tribunales, dicho mecanismo ha sido claramente ineficaz en la experiencia británica, aunque existe cierta evidencia de que la situación está cambiando.⁽²⁵⁾ Desde luego, en el caso del Perú, el hecho que los tribunales no estén dotados de personal suficientemente calificado, ha permitido a las NARs verse en los hechos libres de toda supervisión ejercida por el Poder Judicial o, lo que podría resultar peor, verse expuesta a un control o supervisión que podría desnaturalizarse el sentido de sus decisiones.

En conclusión, se podría decir que, en general, la creación de las NARs no ha mejorado necesariamente la transparencia de la regulación de los servicios públicos ni los mecanismos para la rendición de cuentas. No obstante que nuevas formas de “rendición de cuentas” han sido desarrolladas (por ejemplo, responsabilidad ante los consumidores a través de los mecanismos de transparencia), y que algunos organismos reguladores han hecho esfuerzos significativos de apertura y de transparencia de la información, se trata no sólo de experimentos aislados sino también de iniciativas escasamente institucionalizadas. Mas allá de la institucionalidad de algunos de ellos la existencia y continuidad de dichos mecanismos dependen básicamente de la voluntad de las personas que integren la entidad reguladora. Importantes materias y procesos relativos a la regulación de los servicios públicos permanecen aún “en secreto” y, por lo tanto, fuera de cualquier proceso de “rendición de cuentas”.



En cuanto a la eliminación de la frecuente y muchas veces arbitraria intervención del gobierno en las NARs no necesariamente ha involucrado una disminución de los problemas vinculados con dicha injerencia.

Primero, la creación de las NARs ha incrementado los problemas asociados con la discreción (falta de predictibilidad, incertidumbre y personalización) en la toma de decisiones dentro del proceso regulatorio. Modelos regulatorios basados en una amplia discreción de los organismos reguladores, donde la negociación y la personalidad del titular de la entidad reguladora son los elementos más importantes como el modelo británico, están más expuestos a dichos problemas.

En realidad, la posición ambigua del titular de las entidades reguladoras bajo las diversas regulaciones en su relación con otros organismos reguladores, el conglomerado de deberes y objetivos aparentemente antagónicos recogidos en la legislación⁽²⁶⁾ y la confianza en la negociación (por ejemplo, con ocasión a las modificaciones de las licencias) como mecanismo regulador⁽²⁷⁾, han creado un amplio espacio para el manejo discrecional de la regulación. En este contexto,

(24) VELJANOVSKI, Cento. *The Regulation Game*. En: *Regulators and Market*. London: Institute of Economic Affairs. 1991. p. 16.

(25) PROSSER, Tonny. Op. cit.: p. 53.

(26) THATCHER, Marck. Op. cit.: pp.125-128.

(27) ERNST, John. Op. cit.: p. 62.

la regulación finalmente depende de la decisión personal del titular del organismo regulador. Por lo tanto, el carácter y la filosofía personal de los titulares del organismo regulador han jugado un rol importante en la determinación de la forma y contenido del proceso regulatorio⁽²⁸⁾, hecho que ha llevado a algunos a calificarlo como un modelo en donde “personality-led regulation” o “personality-driven model”⁽²⁹⁾.

Dicha característica ha introducido un grado de inestabilidad e incertidumbre en la regulación de los servicios públicos. Comentando el estilo personalizado de la regulación de los servicios públicos del Reino Unido, Dieter Helm señala que este es “un modo extremadamente peligroso e inestable de conducir una regulación de largo plazo”⁽³⁰⁾.

Los mecanismos establecidos para reducir la incidencia de dichos factores, en la regulación no han resultado del todo eficaces. Como Prosser enfatiza, la creencia de que el establecimiento de una fórmula fija para la determinación de los precios otorgue un cierto grado de certidumbre y seguridad en el largo plazo a las compañías reguladas ha demostrado ser del todo ingenua “(...) el control de precios es inevitablemente afectado por el cambiante entorno de las percepciones políticas y sociales en cuanto a la distribución entre los accionistas de las empresas de servicios públicos, el director y los consumidores”⁽³¹⁾.

Segundo, a pesar de la privatización, la injerencia del organismo regulador en el desarrollo de la actividad regulada tiende a ser similar en grado -si bien diferente en cuanto a su naturaleza- a la injerencia del Estado en las empresas públicas dedicadas a dichas actividades durante el período previo a la privatización. Las empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos están sujetas a un estricto control, no solamente en relación con sus precios y a sus

actividades sujetas a regulación, sino también en relación con sus inversiones, ganancias, políticas de compras, política laboral⁽³²⁾ y a sus actividades sujetas a competencia. En general, la regulación de los servicios públicos ha probado ser más intervencionista de lo que se pretendía originalmente⁽³³⁾. En este contexto, la diferencia entre organismo regulador y organismo administrador es confusa (¿quién administra la empresa, el organismo regulador o los administradores privados?), así como la diferencia entre propiedad pública y propiedad privada regulada.

Finalmente, en lo referente a la autonomía de las NARs respecto de los intereses políticos de corto plazo, los resultados son también ambiguos. Aun cuando ciertas evidencias sugieren que los NARs británicos han tenido un importante grado de autonomía en la toma de sus decisiones (por ejemplo, la posición del organismo regulador de electricidad del Reino Unido con relación a las fusiones en el sector ha contrastado con la posición asumida por el Gobierno), hay evidencias que sugieren que la “independencia” y “autonomía” de las NARs se ha visto seriamente constreñidas por interferencia política.

En efecto, el cambio de algunos funcionarios a cargo de las diferentes áreas de la regulación económica en el Reino Unido (Office of Fair Trade, Rail Regulador y OFFER) el año 2000, hizo evidente la interferencia en los organismos reguladores británicos⁽³⁴⁾ al menos en cuanto a la designación de las personas a cargo de dichas entidades: se habría privilegiado la designación de las personas más “leales” al gobierno. Aun cuando en la práctica “(...) el alcance de su autonomía (...) en realidad es más difícil de calcular”⁽³⁵⁾, tomando en cuenta el estilo de las relaciones entre el Secretario de Estado y el Director General (informal y secreta), otras formas de interferencia política no pueden ser

(28) VELJANOVSKI, Cento. Op. cit.; p. 28.

(29) ERNST, John. Op. cit.; p. 63.

(30) Traducción libre de: “(...) extremely dangerous and (an) instable way of conducting long term regulation”. En: *The regulatory State Analysis Radio 4* transmitido el 20 de octubre de 1994. Citado por BOYFIELD, Keith. *Privatization: A Prize Worth Pursuing?* European Policy Forum. 1997.

(31) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 199.

(32) Resulta emblemático que dentro de las exigencias hechas por el Poder Ejecutivo a Telefónica del Perú en el contexto de la discusión sobre la eliminación de la renta básica, se halla encontrado demandas respecto a la contratación por parte de la empresa de personas discapacitadas.

(33) “ (...) during the first five years of BT’s privatisation the Director General of OFTEL has threatened to revise the formula at least tree times in the light of BT’s ‘high profitability. The degree of scrutiny of BT’s tariff structure and profits has been much more intense than originally envisaged. OFTEL conducted detailed inquiries into the rebalancing of BT’s tariff in 1985 and 1986. It has reviewed individual price increases within the controls (...) , and some unregulated prices (...), and has reviewed the general level of BT’s prices”. VELJANOVSKI, Cento. Op. cit.; p. 21.

(34) *Tied Watchdogs*. Financial Times. 28 de febrero de 2000.

(35) THATCHER, Marck. Op. cit.; p. 130.

descartadas. En ese sentido, hablando de la revisión de precios de algunos servicios públicos (agua y electricidad) hecha por los reguladores británicos Dieter Helm señaló “politics lurks close to the surface, and in every case, it is muddled”⁽³⁶⁾.

Como algún comentarista señaló describiendo el modelo y experiencia británicos de los NARs: “what we are seeking is a conjunction of factors which Hill lead to a conclusion that this system is inherently political, inherently unstable, and is becoming very risky.”⁽³⁷⁾

En el Perú, la interferencia política en la marcha de los organismos reguladores nunca ha estado ausente. Las formas de estas interferencias son diversas: desde el nombramiento de “personas de confianza” como miembros de los Consejos Directivos de los entes reguladores, hasta la formulación de “instrucciones” directas (pero secretas) hechas por el gobierno al organismo regulador en temas importantes. El rol que ha jugado recientemente el Presidente de la República en relación con la aprobación de los nuevos planes tarifarios de la empresa Telefónica del Perú -anunciados en una concurrida conferencia de prensa ofrecida desde Palacio de Gobierno y que contó con la participación de representantes del organismo regulador- ha hecho evidente la existencia de cierta injerencia del Poder Ejecutivo en materias propias del organismo regulador.

Como se ha visto, la creación de las NARs no ha proporcionado necesariamente soluciones a los problemas institucionales asociados al período anterior. De manera inversa y como veremos a continuación, la creación de las NARs ha originado nuevos problemas.

Primero, la autonomía de las NARs se ha convertido en un problema en sí mismo. Objetivos y obligaciones poco claros de los organismos reguladores, así como mecanismos de “rendición de cuentas” igualmente inciertos o ineficaces, han permitido a dichas entidades definir su agenda y prioridades sobre la base de preferencias individuales, posturas ideológicas o de su particular interpretación de la regulación que deben aplicar. Dejando de lado los problemas constitucionales relacionados con dicha situación, tenemos que funcionarios públicos no-elegidos democráticamente definen por sí y ante sí las prioridades en materia regulatoria, favoreciendo unos objetivos sobre otros (por ejemplo, objetivos sociales antes que

competencia). Ello introduce inestabilidad e incertidumbre en el sistema regulatorio: un cambio de personas puede ocasionar un cambio en la “orientación” del organismo regulador y, lo que resulta peor, en la regulación misma.

La falta de un enfoque común para abordar problemas similares⁽³⁸⁾ y la falta de evaluación sobre las implicancias de una decisión adoptada por un organismo regulador respecto de otras industrias reguladas, han sido problemas constantes que han acompañado el proceso de desarrollo de las NARs. Un ejemplo de ello lo constituye el tratamiento que se ha dado la infraestructura que puede ser de uso común a más de una industria (postes ubicados en vías públicas, por ejemplo) en donde ha solido primar una “visión feudal” del fenómeno regulatorio.

Adicionalmente, la ausencia de mecanismos formales a través de los cuales el Poder Ejecutivo pueda orientar a los organismos reguladores en asuntos controvertidos (por ejemplo, el establecimiento de prioridades en el logro de objetivos establecidos en la regulación, muchas veces contrapuestas) ha limitado innecesariamente la capacidad de este poder del Estado para definir e implementar su política en dichas industrias. Lo que resulta peor, es que la ausencia de dichos canales es lo que, precisamente ha dado lugar a la existencia de “mecanismos informales de comunicación” entre el Poder Ejecutivo y las NARs que se han mantenido fuera del alcance de cualquiera de los mecanismos de “rendición de cuentas” actualmente existentes.

Por otro lado, la proliferación de organismos reguladores y la separación poco clara de sus roles -“(…) demasiados organismos reguladores con jurisdicciones superpuestas”⁽³⁹⁾- han aumentado los costos y la complejidad de la regulación de los servicios públicos. La toma de decisiones en la regulación de la industria se ha vuelto compleja y, por lo tanto, costosa, no sólo en términos de demoras sino también en términos de inversión de recursos de parte de los organismos reguladores y de las empresas reguladas. Así por ejemplo, dejando de lado a los gobiernos al menos dos organismos reguladores (OSINERG y OSIPTEL) y dos agencias del gobierno (el Ministerio de Transporte y Comunicaciones y el Ministerio de Energía y Minas), pueden reclamar competencia para

(36) *Short-termism and Regulation*. En: *Utilities Journal*. Diciembre de 1999.

(37) *Keeping watchdogs on a short leash*. En: *Financial Times*. 13 de diciembre de 2000.

(38) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 298.

(39) PROSSER, Tonny. Op. cit.; p. 297.

regular lo referido a la utilización de los postes ubicados en vías públicas, insumo requerido para el desarrollo tanto de la industria eléctrica como de las telecomunicaciones.

El aumento de los costos relacionados con los procesos de la regulación de los servicios públicos y una competencia “destructiva” entre las agencias debido a la escasez de recursos del gobierno -las discusiones al interior del gobierno respecto a la forma como se deben repartir los aportes por regulación de las empresas reguladas dentro de un mismo sector, son un buen ejemplo de ello-, son algunas de las consecuencias “no planeadas” de la creación de las NARs.

Finalmente, especialmente en el caso de países subdesarrollados, como el Perú, la creación de las NARs ha perjudicado el desarrollo de otras reformas estructurales. En efecto, la reforma del Poder Judicial y de otras dependencias públicas, se ha visto afectada negativamente por la creación de las NARs. Estas reformas han sido demoradas o pospuestas por los gobiernos debido a la falta de o a la falta de incentivos suficientes para el desarrollo de las mismas: por un lado la puesta en marcha de las NARs ha consumido importantes recursos del Estado que podrían haber sido asignados a la reforma de otras dependencias y, por otro lado la creación de las NARs han dado a los inversionistas privados la “seguridad” que ellos exigen a fin de invertir en las industrias de los servicios públicos. De esta manera se ha eliminado presión sobre el gobierno para desarrollar la reforma de dichas entidades⁽⁴⁰⁾. Actualmente, un archipiélago “eficiente

y moderno” de agencias públicas (las NARs) coexiste con las tradicionales dependencias públicas carentes de recursos y personal calificado (“instituciones burocráticas”). Ello plantea preguntas importantes sobre las implicancias y costos (en términos sociales y económicos) que la creación de las NARs en la reforma de las industrias de servicios públicos ha cargado sobre otros sectores de la economía y de la población.

3. Conclusión.

La creación de las NARs ha derivado resultados ambiguos. Aún cuando algunos beneficios pueden ser identificados (en especial en relación con la apertura y transparencia de los procesos regulatorios), la creación de las NARs ha generado costos importantes (“consecuencias no planeadas”). Asumiendo que la reforma de las industrias de los servicios públicos ha originado algunos “beneficios”, no está claro que los “mayores beneficios” de dicho proceso se encuentran vinculados con la creación de las NARs.

Hasta cierto punto dichos costos o “efectos no planeados” pueden explicar la “crisis” del modelo institucional de las NARs en el Reino Unido en la mitad de los 90⁽⁴¹⁾ y la menor preocupación o prioridad dada a la creación de agencias reguladoras independientes en el resto de los países de la OECD. De hecho, aun cuando la idea de la NRA es parte de las reformas en las industrias de los servicios públicos que se han venido ejecutando con posterioridad, en los países OECD, no constituye un aspecto central de las mismas⁽⁴²⁾.

(40) En relación con la reforma del Poder Judicial en Latinoamérica y a la regulación del mercado, Becker ha señalado: “Unfortunately, insofar as reform appears to depend on such forces [basically, internationally powerful economic forces and local elites], anti-reform governments can adopt a strategy of selective concessions. That is, they can address the specific economic and developmental concerns through limited reforms that do not materially affect the character or incentive structures of the regular judiciary in ways that might encourage it to rule more independently. One way of engineering such limited reform is to turn over responsibility for the ‘law of the market’ to some specialized institutional entity or entities distinct from the regular courts. The former can then be endowed with adequate facilities, better rules, and more competent personnel with less risk that the resulting demonstration effect will spill over to the regular judiciary. It is in this sense that the good may turn out to be an enemy of the best”. BECKER, David G. *Is the good the enemy of the better? Peru's INDECOPI and Judicial Reform*. Documento no publicado preparado para el XXII Congreso de la Latin American Studies Association. Miami, marzo de 2000.

En cuanto al rol de Indecopi en el mercado de la regulación, Becker concluye que: “(...) has come to be regarded in Peruvian executive circles as something of an antidote to pressures for more thorough judicial reform. [...] Hence INDECOPI, by answering to some of the most urgent needs of both powerful economic interests and ordinary Peruvian citizens, may well have made it harder for advocates of institutionally limited government and human rights to find allies in their battle for reform of the regular judiciary. To that extent it may well be the good that defeats, or at least postpones, the better” BECKER, David G. *Ibid.*

(41) Para un buen resumen del debate y sus implicancias ver: GRAHAM, Cosmo. *Is there a Crisis in Regulatory Accountability*. En: BALDWIN, Robert y otros. *Op. cit.*

(42) MANNING, Nick. *Creating semi-autonomous agencies in the OECD: separating ends from means*. Documento no publicado preparado para la conferencia *The New Shape of the State in Latin America: Can Autonomous Agencies Modernize the Public Sector in Peru?*. Conferencia organizada por PromPeru, Maxwell School of Syracuse University, Universidad del Pacífico y el Banco Mundial. Syracuse, abril de 2000.

Las NARs no han probado ser un modelo institucional perfecto ni la “solución” a todos los problemas institucionales registrados en el período de la propiedad estatal. No obstante ello, dada la naturaleza de los problemas detectados -muchos de ellos originados por la improvisación que caracterizó su nacimiento⁽⁴³⁾ o por una errónea concepción de los procesos regulatorios⁽⁴⁴⁾- es claro que pueden introducirse algunas mejoras en el modelo.

Dentro de dichas medidas puede mencionarse: el establecimiento de mecanismos que permitan hacer más transparente las relaciones entre el Poder Ejecutivo y los organismos reguladores; el fortalecimiento de mecanismos de “rendición de cuentas” frente a los ciudadanos y usuarios; el establecimiento de mecanismos que permitan

incrementar la capacidad de las organizaciones de la sociedad civil (asociaciones de consumidores, ONGs o universidades) para participar en los procesos regulatorios (mediante la creación de un fondo para el financiamiento de investigaciones en materias regulatorias, por ejemplo); el establecimiento de un tribunal común para la solución en segunda y última instancia de las controversias en materia regulatoria; entre otras.

La incorporación de las NARs como jugadores en la “arena reguladora” ha cambiado el patrón y la dinámica del juego regulatorio en las industrias de los servicios públicos. Si la presencia de estos nuevos jugadores enriquece o complica el proceso regulador, es algo que sólo podrá determinarse con certeza en el futuro.^{AB}

- (43) Refiriéndose a las NARs inglesas, Thatcher considera que -la creación de las NARs se vio como una medida provisional ya que se esperaba que la regulación se marchitara y se volviera innecesaria a medida que la competencia se extendiera- y la falta de visión general de la futura posición de los entes reguladores explica el detalle limitado que rige las actividades y el rol de los organismos reguladores bajo las regulaciones de dicho país. THATCHER, Marck. Op. cit.; p. 125.
- (44) Las NARs aparentemente han sido diseñadas en base a una idea errónea de “independencia” más que de “interdependencia” entre los actores que participan en el juego regulatorio. Acerca de la noción de “interdependencia” y la importancia de diseñar la reforma en base a este concepto, ver: SCOTT, Colin y otros. Op cit.