

LOS REGULADORES DE ELECTRICIDAD, SANEAMIENTO Y TELECOMUNICACIONES EN SU ESPACIO: ¿CAPTURA O ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS DISPERSOS? * **

Eduardo Quintana Sánchez***

Actualmente se sostiene la postura que señala que los reguladores poseen el monopolio de las capacidades y decisiones de la regulación y, en concordancia con ello, serían proclives a ser capturados por la industria regulada.

No obstante, a través del siguiente artículo, el autor hace una aproximación del Espacio Regulatorio, demostrando que, lejos de lo que se piensa, el regulador no es más que un agente dentro del proceso regulatorio, que comparte poder con diversos agentes poseedores de semejante capacidad regulatoria; lo cual le impide monopolizar la regulación y por ende, ser capturado.

De esta manera, el autor hace un recorrido exhaustivo analizando este fenómeno en la regulación de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones, a fin de desmitificar tal postura.

* A Tita, constante norte para mí.

** Agradezco los comentarios de Martha Martínez y Paul Phumpiu al presente trabajo. Cualquier inexactitud que pudiera mantenerse es de mi responsabilidad.

*** Master en regulación de Servicios Públicos por la London School of Economics. Profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa Especialidad de Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado Senior, Estudio Ferrero, Lema, Solari & Santibañez

I. INTRODUCCIÓN

En un primer momento la idea predominante era que la intervención del Estado en las actividades económicas, a través de la regulación, era un medio efectivo para corregir las fallas del mercado y lograr el objetivo del mayor bienestar de la población. Se partía del supuesto de que el regulador no sólo estaba convencido de las virtudes de ese objetivo, sino de que una vez en funcionamiento trataría de lograrlo.

La lógica de la captura –fuertemente respaldada por la denominada Teoría Económica de la Regulación– nació como respuesta a la falta de comprobación empírica de los supuestos antes mencionados. La idea básica de esta línea de razonamiento es que el regulador se guía por sus propios intereses y siguiéndolos termina beneficiando a las empresas reguladas. Por ello plantea la proclividad del regulador a ser “capturado”¹ por la industria, dejando de lado el objetivo de limitar los excesos que pueden cometer las empresas y desamparando a los demás grupos de interés.

El coherente despliegue de conceptos que respalda este razonamiento ha llevado a que sea la aproximación más conocida para analizar el desempeño de los organismos o agencias reguladoras. Sin embargo, existen planteamientos alternativos que confrontan sus postulados y explican bastante mejor la compleja realidad de los procesos regulatorios. Una de estas aproximaciones es la del Espacio Regulatorio.

La aproximación del Espacio Regulatorio busca desmitificar la supuesta proclividad de los reguladores a ser capturados por la industria regulada. Su planteamiento básico es que si bien es un actor principal, el regulador es uno más de los agentes que participa en el proceso regulatorio. Por ende, el regulador no monopoliza todas las capacidades y decisiones de tal proceso, pues en el mismo participan una variedad de agentes con gran poder proveniente de la tenencia de valiosos recursos que les otorgan capacidades regulatorias no derivadas necesariamente de la ley. Consecuentemente, la “captura” no es siempre el objetivo primordial de la industria, dado que el regulador no monopoliza el poder, ni tampoco resulta una opción libre de complicaciones ya que ante la superposición de capacidades regulatorias es complejo identificar a quien se tendría que “capturar”. De esta forma, más que relaciones de captura lo que se plantea son relaciones de interdependencia, en las que los distintos agentes deben “negociar” posiciones para tomar una decisión.

La perspectiva del Espacio Regulatorio trata de dirigir la atención hacia el complejo proceso de toma de decisiones regulatorias donde no hay relaciones verticales jerárquicas, en el que el regulador impone sus decisiones a todos los regulados, sino mutua dependencia entre los agentes involucrados. Desde esta perspectiva, la reforma regulatoria debe dirigirse a crear procedimientos que exploten el potencial de cada uno de los actores de modo que los haga partícipes en el proceso regulatorio considerando los recursos que poseen. Así, en vez de aislar al regulador para que no sea capturado, se buscan procedimientos que faciliten la participación de actores que supervisen y contrapesen el ejercicio de la discrecionalidad del regulador.

Este marco conceptual permite analizar el desempeño de los organismos reguladores adentrándose en la superposición de poderes y capacidades que usualmente confluyen en el proceso regulatorio. Dadas sus características, el Espacio Regulatorio puede ser una excelente forma de hacer un diagnóstico sobre el funcionamiento del diseño institucional cuando las capacidades del regulador se encuentran bajo cuestionamiento y su autoridad es inestable, como sucede en el Perú.

En tal sentido, sin ánimo de ser concluyentes, en este trabajo se busca analizar el desempeño más reciente de los organismos reguladores peruanos en los ámbitos de energía eléctrica, saneamiento y telecomunicaciones, presentando ejemplos que permitan evaluar si existe centralización o dispersión de los recursos que otorgan capacidades regulatorias, y si dichos organismos son uno más de los actores con poder dentro de cada sector, generándose así relaciones de interdependencia. Esto con la finalidad de evaluar si en la práctica el Espacio Regulatorio constituye una herramienta de análisis igual o mejor que la lógica de la captura para estudiar el desempeño de los reguladores.

II. EXPLICANDO EL DESEMPEÑO DE LOS REGULADORES

A. La teoría normativa de la regulación

La denominada teoría normativa incluye aquellas posiciones que señalaban que la regulación tiene por objetivo resolver los problemas derivados de la existencia de las fallas de mercado, es decir, monopolios naturales, externalidades, información asimétrica, etcétera. El postulado básico de estas posiciones era que una vez creados y en funcionamiento, los organismos reguladores tenían como principal finalidad buscar la eliminación o

¹ Nota del editor: la captura del regulador se da en tanto prevalezcan los objetivos de quien ejerce presión, sobre los objetivos propios de la regulación, en contradicción a estos.

reducción de las ineficiencias producidas por las fallas del mercado. Esta fue la teoría que primó hasta los primeros años de la década del 60. En ese tiempo nada parecía más claro que los efectos benignos que tenía la regulación¹.

La teoría normativa asumía que la intervención del Estado en las actividades económicas era un medio efectivo para lograr mayor bienestar para toda la población. La idea era que el regulador estaba convenido de las bondades de ese objetivo y que su principal razón de ser era el logro del mismo. Pero este postulado no había sido corroborado en los hechos. No existían estudios económicos empíricos que lo respaldaran y que probaran que la regulación había sido efectivamente un remedio adecuado para enfrentar las fallas del mercado.

Dentro de este contexto, Stigler y Friedland publicaron en 1962 un importante estudio sobre los efectos de la regulación de tarifas eléctricas en Estados Unidos², cuya principal conclusión fue que la regulación no había dado lugar a menores precios en esa industria. Este trabajo estimuló la aparición de una gran cantidad de estudios sobre los efectos de la regulación. Como consecuencia de ello se encontró que, en diversos casos, la regulación no había logrado eficiencia en la asignación de recursos, pues no había permitido que los consumidores se beneficiaran con la intervención del Estado en las actividades económicas. En otras palabras, la regulación no había generado una efectiva reasignación de la riqueza como se esperaba que actúe ante circunstancias de falla de mercado.

Considerando los distintos estudios sobre los efectos de la regulación que concluían que la misma no había mejorado los precios ni las condiciones existentes en los sectores en que se había aplicado; en 1972 Jordan resumió las opiniones existentes en lo que luego se ha calificado como la teoría de la captura³. De un lado, señaló que en mercados competitivos como el de transporte terrestre o aéreo, la regulación había llevado a que se elevaran los precios y a que hubiera menos competidores en tanto que había limitado la posibilidad de entrada de nuevos operadores. De otro lado, en industrias con características de monopolio natural, la regulación no había permitido que se eviten los mayores precios que aplica el monopolista. En tal sentido, el principal argumento de Jordan fue que la regulación servía a los intereses de los productores, ya sea creando las condiciones necesarias para que

se formaran carteles donde no tenían porqué existir –aprovechando la seguridad de que no ingresarían nuevos competidores debido a las limitaciones regulatorias– o fallando al tratar de evitar los efectos negativos del monopolio.

B. La teoría económica de la regulación

El primer y más relevante aporte conceptual para la Teoría Económica de la Regulación proviene de George Stigler⁴. El premio Nóbel reconoció que los estudios empíricos realizados indicaban que la regulación terminaba beneficiando a las empresas, pero planteó con visión innovadora que tales hechos debían evaluarse desde una perspectiva económica de oferta y demanda. Según Stigler los actores políticos –organismos reguladores y otras autoridades– son agentes maximizadores de sus propios intereses, entre los que se incluye mantener y asegurar su propio poder. En tal sentido, los reguladores actúan de forma similar que los políticos –que hacen ofertas electorales– y “ofrecen” a los grupos de interés decisiones tales como fijar el nivel de los precios, reducir o ampliar el número de firmas que pueden actuar en el mercado, redefinir las actividades que los agentes están autorizados a realizar, entre otras. De esta manera, el regulador define su función de utilidad, según sus intereses, sobre la base de dos criterios de elección: votos y recursos.

Stigler sostiene que los grupos de interés que pueden verse afectados por las decisiones del regulador son impulsados “a votar” en su favor o en su contra, es decir, a apoyar o cuestionar sus decisiones según respondan o no a sus objetivos. De esta forma, los reguladores con sus propios intereses y los grupos de interés intercambian bienes de utilidad, por ejemplo, un determinado nivel de precios o la posibilidad de entrada en una industria, a cambio de votos o recursos. Cada actor se guía por su propia utilidad y busca su propio bienestar, sin interesarse necesariamente por el bienestar social agregado.

Para Stigler son dos los elementos que influyen prioritariamente en la capacidad de los grupos de interés para “votar” en favor o en contra: información y organización. Los costos en que se incurre para tener información oportuna y adecuada sobre las decisiones que va a adoptar el regulador, y los de organizarse para influir en el sentido de tales decisiones, llevan a que sean los grupos de interés que enfrentan menores costos

¹ PELTZMAN, Sam. “The economic theory of regulation after a decade of deregulation”. En: BALDWIN, SCOTT y HOOD (editores). “A reader on regulation”. New York: Oxford University Press. 1998. pp. 95-96.

² STIGLER, George y Claire FRIEDLAND. “What can regulators regulate? The case of electricity”. En: Journal of Law and Economics 5. 1962.

³ JORDAN, William. “Producer protection, prior market structure and the effects of government regulation”. En: Journal of Law and Economics 15. 1972.

⁴ STIGLER, George. “The theory of economic regulation”. En: Bell Journal of Economics and Management Science 1. Volumen 2. 1971.

los que tengan preeminencia en el proceso regulatorio. Usualmente son las empresas quienes tienen menores costos para obtener información y para organizarse, con lo cual resultan privilegiadas en la pugna.

Sam Peltzman profundizó en los planteamientos de Stigler y ofreció un mayor desarrollo para la teoría económica de la regulación. Su principal argumento es que los grupos de interés que tienen influencia en las decisiones del proceso regulatorio son varios y no sólo las empresas⁵. Según Peltzman, el político maximizador de utilidad asigna los beneficios que puede otorgar a través de sus decisiones de forma óptima entre los distintos grupos de interés. De esta forma, siempre existe la posibilidad de que grupos de consumidores u otras organizaciones que no representan a la industria (como por ejemplo los grupos protectores del medio ambiente) ofrezcan algunos votos o recursos en favor del regulador, logrando así la opción de recibir también ciertos beneficios.

En otras palabras, los reguladores aceptan beneficios de todos los que pueden dárselos en la medida en que no afecten muy notoriamente a aquellos grupos que más les ofrecen⁶. Así, el regulador trata de que todos se beneficien tanto como puede pero siempre con las limitaciones que le impone, de un lado, la demanda y, de otro, las funciones de costos de la industria regulada.

Resumidamente las líneas matrices de la teoría económica de la regulación son las siguientes:

- Los grupos de interés compactos y bien organizados tienden a beneficiarse más de la regulación que los grupos amplios y difusos. Esto puede dar lugar a la preponderancia de los grupos de productores, porque ellos usualmente están mejor organizados que los grupos de consumidores u otras organizaciones similares.
- La política regulatoria tiende a preservar una distribución óptima de rentas entre los miembros del entorno o actividad productiva correspondiente y en el tiempo dará lugar a nuevas distribuciones en función a cambios en la demanda o condiciones de costos de los grupos de interés.
- Como los beneficios de la regulación se derivan de la distribución de riqueza, el proceso regulatorio

tenderá a evitar pérdidas de bienestar significativas⁷.

Según se advierte, la idea básica de la Teoría Económica de la Regulación es que el regulador se guía por sus propios intereses y siguiéndolos termina beneficiando a la industria. De ello surge la idea de la proclividad del regulador a ser "capturado" por la industria, dejando de lado el objetivo de limitar los excesos que pueden cometer las empresas y desamparando a los demás grupos de interés. Por ello, los seguidores de esta teoría plantean que el mejor remedio son aquellas medidas destinadas a aislar al regulador para que realice sus labores sin la tentación de caer en la captura.

El coherente despliegue de conceptos económicos que respalda a esta teoría ha permitido que hasta la actualidad la lógica de la captura sea la aproximación más conocida para analizar el desempeño de los organismos o agencias reguladoras. Sin embargo, existen planteamientos alternativos e innovadores que confrontan satisfactoriamente los postulados de la captura y, además, demuestran ser explicaciones más acordes con la realidad de los procesos regulatorios. Uno de esos planteamientos es el que se ha denominado genéricamente como el Espacio Regulatorio.

C. El Espacio Regulatorio

La aproximación del Espacio Regulatorio desmitifica la supuesta proclividad de los organismos reguladores a ser capturados por parte de la industria regulada. Su planteamiento básico es que, si bien el regulador es uno de los principales actores del proceso regulatorio, no monopoliza todas las capacidades y decisiones de tal proceso. Ello se debe a que la regulación se desenvuelve en un espacio donde intervienen una variedad de agentes con gran poder derivado de la tenencia de valiosos recursos que les otorgan importantes capacidades regulatorias formales o "informales" no derivadas de la ley. Consecuentemente, ante la superposición de capacidades regulatorias la "captura" no es siempre el objetivo primordial de la industria, ni explica adecuadamente los resultados del proceso regulatorio.

Hancher y Moran plantearon en 1989 las líneas fundamentales de la aproximación del Espacio Regulatorio⁸. Para ellos el funcionamiento del Estado

⁵ PELTZMAN, Sam. "Toward a more general theory of regulation". En: *Journal of Law and Economics* 2. Volumen 19. 1976.

⁶ La racionalidad detrás del razonamiento de Peltzman es la idea de cómo asigna sus recursos un sujeto o entidad maximizadora de beneficios. Un consumidor, por ejemplo, compra mayormente alimentos pero también destina parte de su presupuesto a otros bienes tales como ropa o medicinas. Una empresa también reparte de forma similar sus recursos en tanto que si bien adquiere bienes de capital e insumos también requiere mano de obra para su proceso productivo.

⁷ PELTZMAN, Sam. Op. cit. p. 103.

⁸ HANCHER, Leigh y Michel MORAN. "Organizing regulatory space". En: HANCHEN, Leigh y Michael MORAN (editores). "Capitalism, culture and regulation". Oxford: Clarendon Press. 1989.

moderno se da sobre la base de dos principios: (i) todo gobierno se sustenta en las reglas de la democracia y responde a la voluntad popular; y (ii) el ejercicio de poder público del gobierno se sustenta en él respecto de la ley. De estos principios se deriva la concepción de que la regulación es el control del poder público (popular) sobre actividades del poder privado en el mercado. Luego surge la creencia instintiva –en la que se sustenta la lógica de la captura– de que toda influencia privada en el proceso regulatorio o los eventuales beneficios que pueden obtener los privados con la regulación son necesariamente ilegítimos asumiendo que ello distorsiona el objetivo de la regulación que es representar el interés público.

Sin embargo, el proceso regulatorio está compuesto por un conjunto de actividades, como son el diseño de reglas, la creación o identificación de instituciones para aplicarlas, la interpretación de tales reglas en el caso concreto, el control de su cumplimiento, etcétera. Estas actividades no son realizadas solamente por organismos y agencias estatales, sino también por grupos de interés organizados, tales como asociaciones de consumidores, grupos defensores del medio ambiente, gremios empresariales, o las empresas mismas. En tal virtud, la distinción entre el ámbito público y el privado va haciéndose más difusa cuando se trata del proceso regulatorio, y lo que empieza a primar son las relaciones entre organizaciones poderosas y sofisticadas, relaciones que no se limitan a la subordinación de los regulados al regulador sino que suponen negociación e interdependencia.

Hancher y Moran señalan que los grupos de interés, sean empresas, asociaciones de consumidores u otros, cuentan con importantes recursos que son necesarios dentro del proceso regulatorio, tales como información valiosa, experiencia en el ramo, personal calificado y, en último término, dinero. La posesión de estos recursos hace de dichos agentes centros de poder en el proceso regulatorio, a la par que las entidades –agencias y organismos reguladores– usualmente etiquetadas como públicas. Así, la lógica del proceso regulatorio es una en que las distintas partes negocian, cooperan, se amenazan y actúan según los roles que les corresponden. Además, la asignación de roles –creadores de reglas, guardianes de su cumplimiento y portavoces de intereses sectoriales– está en constante cambio. De esta manera, los agentes dejan de ser portadores exclusivos de intereses privados o públicos, para convertirse en actores de un espacio compartido.

Lo importante es comprender la naturaleza del espacio regulatorio en cuestión. Tratándose de un espacio, el

mismo no sólo está disponible para ser ocupado, sino que puede ser dividido entre actores mayores y menores; además su alcance puede variar según el tema materia de la regulación⁹. Los temas clave que deben evaluarse de acuerdo con esta teoría son:

- El acceso al espacio regulatorio: ¿cuáles son las reglas de admisión?; ¿quiénes participan en el mismo y quiénes fueron excluidos?; ¿por qué sucedió así?
- Las relaciones existentes y el poder relativo de cada actor: ¿cuáles son las capacidades de cada participante en función a los recursos disponibles para cada uno de ellos?
- La agenda reguladora: ¿cuáles son los temas incluidos y excluidos del proceso regulatorio?; ¿cuál es la prioridad en el caso de los primeros?

En virtud de lo expresado, puede afirmarse que la aproximación del espacio regulatorio busca ofrecer una visión institucional que trata de aproximarse al contexto en que se desempeñan efectivamente los organismos reguladores. Para ello, asume que el proceso regulatorio no es un fenómeno que se impone verticalmente desde el regulador hacia los regulados –y que por ende es pasible de captura–, sino que se perfila y transforma en función de las capacidades y roles que cumple cada participante de dicho espacio.

Si bien resulta una aproximación sugerente, las ideas del Espacio Regulatorio pueden aparentar ser abstractas y difíciles de aplicar en los hechos como herramienta de análisis del comportamiento de los reguladores. No obstante, como se comprobará más adelante al analizar el desempeño de los reguladores peruanos estas ideas terminan siendo un reflejo bastante fiel de los hechos.

D. El Espacio Regulatorio: recursos dispersos e interdependencia

El análisis derivado del Espacio Regulatorio ha sido ampliado y enriquecido recientemente por Scott, dándole trazos más precisos y definitivos a esta teoría¹⁰. De acuerdo con este autor, el proceso regulatorio, entendido en su acepción lata, está compuesto por tres funciones: (i) establecimiento de reglas; (ii) monitoreo o supervisión de su cumplimiento; y (iii) control de desviaciones o incumplimientos. La principal idea de la metáfora del Espacio Regulatorio es que los recursos clave para

⁹ Mientras que en un ámbito como la actividad farmacéutica el alcance de la regulación podría estar relacionado no sólo con la seguridad de los medicamentos, sino también con sus precios, en la actividad de producción y comercialización de autos probablemente la regulación sólo se concentre en materias relacionadas con la seguridad.

¹⁰ SCOTT, Colin. "Analyzing regulatory space: fragmented resources and institutional design". En: Public Law. 2001.

mantener el poder regulador y ejercer tales funciones, están dispersos o fragmentados.

Estos recursos no se restringen a la autoridad formal del Estado derivada de la ley, de los contratos de concesión u otros instrumentos de carácter normativo, sino que también se encuentran en el control de información, riqueza y capacidades organizativas. La posesión de estos recursos está dispersa en distintos organismos estatales y también se distribuye entre entidades estatales y no estatales. Por ello, los organismos reguladores carecen del monopolio sobre la autoridad, pues las capacidades derivadas de la posesión de esos recursos clave no se ejercen necesariamente de modo jerárquico. Más bien, lo que existen son relaciones de interdependencia negociada entre los actores que poseen dichos recursos.

En cuanto a los **recursos dispersos**, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los recursos gubernamentales necesarios para el proceso regulatorio no se limitan a la autoridad legal, sino que también incluyen la riqueza (o el tesoro público), la información (o los medios para centralizar datos, estadística, evaluaciones y pronósticos especializados, etcétera), y las capacidades organizativas (o la estructura de gobierno). Incluso la autoridad legal está más dispersa de lo que usualmente se cree, pues no se concentra únicamente en el regulador, sino que por lo general es compartida con el Ejecutivo, quien se reserva importantes cuotas de poder regulatorio, como por ejemplo la facultad de otorgar las autorizaciones o permisos para operar en el mercado o para imponer las sanciones más graves como sería la anulación de dichas autorizaciones. Asimismo, si bien el regulador está encargado de velar por el cumplimiento de las normas y sancionar las desviaciones, las atribuciones para otorgarle mayores facultades o elevar los montos de las multas que puede imponer se mantienen en el Poder Legislativo.

De ello se deriva que el desempeño de los reguladores no siempre pueda mantenerse en un ámbito técnico, en tanto

que deben responder a la tendencia menos técnica del Ejecutivo o del Legislativo, que se guían por objetivos adicionales y distintos a los netamente técnicos, que pueden haber sido impulsados por las empresas reguladas u otros grupos de interés organizados que tienen influencia sobre el Ejecutivo o Legislativo.

Adicionalmente, otras organizaciones también cuentan con recursos clave que les otorgan cierto grado de poder dentro del proceso regulatorio. La posesión de recursos distintos a la autoridad legal formal –información, riqueza y capacidad organizativa– confieren autoridad informal que puede estar dispersa entre organizaciones estatales y no estatales. Así, la posesión de información clave puede permitir que la firma regulada cuestione o domine las decisiones sobre cuándo se ha cumplido con la regla exigida¹¹. La posesión de capacidades organizativas como el *marketing*, la capacidad de *lobby* y la asesoría profesional, pueden permitir a algunos actores dominar el proceso de creación de normas, el monitoreo del cumplimiento de las mismas, o la sanción en caso de desviaciones, pese a que no cuenten con autoridad legal formal. En el extremo, la posesión de riqueza puede permitir a los grupos de interés corromper el proceso regulatorio directa o indirectamente.

La posesión de esos recursos por entidades no estatales puede dar lugar a que se les adjudique la autoridad formal legal. En efecto, en ciertos casos el marco legal otorga poderes regulatorios específicos a entidades privadas, reconociendo que se encuentran en mejor posición para evaluar el cumplimiento de las reglas por los obligados y, de ser el caso, para adoptar medidas correctivas en caso de incumplimiento. Esto sucede, por ejemplo, con los Colegios Profesionales pues dada su experiencia y conocimiento pueden evaluar mejor si sus agremiados cumplen cabalmente con los estándares de conducta de la profesión; asimismo, dada su naturaleza de entidad gremial, cuentan con mayor legitimidad para imponer eventuales sanciones a sus miembros¹².

¹¹ Como señala Scott, la asimetría de información entre empresa regulada y regulador se ha reconocido hace mucho como uno de los retos de la regulación pero no se ha desarrollado suficientemente, en la lógica de considerarla como un recurso clave que otorga poder informal, como para poner en tela de juicio que el regulador siempre esté en capacidad de imponer jerárquicamente sus decisiones a los regulados y que cuando no lo hace se deba a una situación de supuesta captura.

¹² En nuestro medio, por ejemplo, el Colegio de Abogados de Lima cumple varias funciones de carácter regulatorio, pues no sólo ha emitido un Código de Ética que define normas de conducta obligatorias para sus miembros, sino también cuenta con dos instancias –Consejo de Ética y Tribunal de Honor– que investigan y, de ser el caso, sancionan el incumplimiento de dichas reglas. Ver al respecto: <http://www.cal.org.pe/> (visitada el 22 de abril de 2006). En el ámbito de la publicidad también se presenta un caso similar. Los gremios de empresas del sector publicitario o de medios de comunicación (ANDA, ARTV, APAP) han adoptado un Código de Ética Publicitaria, es decir, han producido reglas para una de sus actividades más importantes. Adicionalmente, se ha creado el Consejo de Autorregulación Publicitaria-CONAR, entidad privada cuyo objeto es promover el uso adecuado de la publicidad y cuyos miembros son los gremios antes indicados. El CONAR –a través de su Comisión Permanente de Ética– resuelve denuncias referidas a publicidad supuestamente infractora del Código de Ética Publicitaria. Adicionalmente, el CONAR –a través del Sub Comité de Ética Publicidad Comercial– también realiza una labor preventiva identificando piezas publicitarias que infringirían esas normas, para reunirse con la empresa anunciante e informarle de tal situación. El CONAR ha logrado que sus decisiones y recomendaciones sean atendidas por los anunciantes. Ver: “El control de la publicidad comercial”. En: Revista Anda. 2005. p. 15. Los ejemplos de capacidades regulatorias en manos privadas no se limitan al ámbito de actividades no sujetas a regulación explícita. Así, por ejemplo las empresas del sector financiero han tenido la iniciativa de institucionalizar un Defensor del Cliente Financiero, como entidad privada, independiente tanto de la industria como del Estado, que tiene la capacidad de resolver las quejas y conflictos entre los usuarios del sistema y las entidades financieras. Por su parte, estas entidades han asumido el compromiso –en una forma típica de autorregulación– de aceptar las decisiones del Defensor de los Servicios Financieros. Así, esta institución privada cumple una función regulatoria en el ámbito de la solución de conflictos y puede sustituir la intervención del Estado en un sector típicamente sujeto a regulación. Ver al respecto: <http://www.asbanc.com.pe/DefensorDelClienteFinanciero/Defensor.htm> (visitada el 25 de marzo de 2006).

Más aún, así como la autoridad regulatoria no sólo se encuentra en entidades estatales, los sujetos bajo control regulatorio tampoco son únicamente entidades privadas. Los organismos reguladores también son supervisados o controlados por otras entidades del propio Estado¹³ e incluso pueden ser supervisados ocasionalmente por agentes no estatales¹⁴.

En opinión de Scott, la dispersión de recursos clave que otorgan poder y capacidades regulatorias a diversos actores genera **relaciones de interdependencia** entre ellos. En efecto, los participantes del Espacio Regulatorio muchas veces deben negociar sus posiciones, pues son mutuamente dependientes y carecen del poder suficiente para imponer directa y verticalmente sus decisiones a los demás.

La tónica de la interdependencia obliga a reevaluar la posibilidad de captura del regulador. Si se asume que el regulador es todopoderoso y que su capacidad de toma de decisiones es amplia y con pocos límites, la opción de la captura parece adquirir mayor fuerza. Sin embargo, si se considera que los recursos que otorgan capacidades regulatorias se encuentran dispersos y no centralizados en el regulador, la percepción del problema cambia. En primer lugar, se verifica que el regulador no tiene tanta libertad como se supone, pues debe explicar y sustentar su posición casi a diario no sólo frente a las empresas reguladas, sino también frente a grupos de usuarios y otras entidades del Estado, incluyendo la sombra permanente de fiscalización por parte del Poder Legislativo, con lo cual existe una suerte de rendición de cuentas extendida. En segundo lugar, si las capacidades regulatorias están dispersas, la posibilidad de captura se hace más complicada, no sólo en lo que se refiere a identificar a quién tendría que capturarse, sino también para lograr la captura efectiva en un contexto en que la autoridad regulatoria se encuentra superpuesta entre varias entidades.

Para Scott, la perspectiva del Espacio Regulatorio no cuestiona la existencia de regulación basada en la autoridad formal jerárquica, sino que busca dirigir la atención hacia la regulación indirecta que se produce a través de complejos procesos en los que no existe un ente controlador claramente identificable. Por ello, antes que dar por sentado que todos los recursos clave están en manos del regulador, propone verificar si tales recursos están dispersos, pues, de ser así, puede

diseñarse un sistema regulatorio más sensible frente a la asignación actual de esos recursos.

Consecuentemente, desde esta perspectiva la reforma regulatoria es mejor entendida como la creación de un diseño institucional que explote el potencial de cada uno de los actores, de modo que los haga partícipes en el proceso regulatorio considerando los recursos que poseen. Esta teoría plantea entonces que, en vez de tratar de aislar al regulador, lo que debe establecerse son procesos que faciliten la confluencia de capacidades regulatorias múltiples y sobrepuestas, permitiendo así el acceso de participantes que supervisen y contrapesen el ejercicio de la discrecionalidad del regulador.

III. IDENTIFICANDO RECURSOS DISPERSOS EN EL ESPACIO REGULATORIO PERUANO

El marco conceptual derivado de la aproximación del Espacio Regulatorio permite analizar el desempeño de los organismos reguladores adentrándose en la superposición de poderes y capacidades que usualmente confluyen en el proceso regulatorio. Esta aproximación ya ha sido utilizada para estudiar no sólo el contexto en que se desenvuelven reguladores concretos, sino la forma en que evolucionan y se perfeccionan¹⁵. Dadas sus características y postulados, el Espacio Regulatorio puede ser una excelente forma de hacer un diagnóstico sobre el funcionamiento del diseño institucional cuando las capacidades del regulador se encuentran bajo cuestionamiento y su autoridad es inestable, como sucede en países como el Perú.

Por ello, a continuación se analizará varios aspectos del desempeño más reciente de los organismos reguladores peruanos en los ámbitos de energía eléctrica, saneamiento y telecomunicaciones, presentando ejemplos que permitan evaluar si existe centralización o dispersión de los recursos que otorgan capacidades regulatorias, y si dichos organismos son uno más de los actores con poder dentro de cada sector, generándose así relaciones de interdependencia.

No se pretende efectuar aquí un estudio individual y completo del desempeño de cada uno de dichos reguladores en todo el tiempo que vienen funcionando, pues ello requeriría un artículo específico para cada caso. Más bien, lo que se busca es determinar si las

¹³ En el caso peruano, por ejemplo, está el control que ejercen no sólo las instancias del sistema nacional de control, es decir, la Contraloría General de la República y los auditores internos; sino también la fiscalización que realizan cada vez de forma más continua las diversas Comisiones del Congreso.

¹⁴ A manera de ejemplo puede considerarse lo que sucede con las empresas internacionales calificadoras de riesgo, del tipo Standard and Poors, que evalúan el desempeño de las entidades de los estados o incluso de los gobiernos para elaborar *rankings* sobre su credibilidad.

¹⁵ Por ejemplo, la aproximación del Espacio Regulatorio ha sido utilizada con acierto y maestría para el estudio del desempeño del famoso regulador británico de las telecomunicaciones, la Office of Telecommunications-OFTEL (hoy Office of Communications-OFCOM). Ver: "OfTel in space: interdependence and accountability". En: HALL, SCOTT y HOOD. "Telecommunications regulation: culture, chaos and interdependence inside the regulatory process" London: Routledge. 2000.

hipótesis del Espacio Regulatorio pueden explicar la actuación de los reguladores con igual o mayor solidez que la lógica de la captura.

Cabe aclarar que las secciones posteriores no buscan debatir o cuestionar la conveniencia o no de las decisiones o propuestas regulatorias que se presentan como ejemplo, sino más bien describirlas con el fin de evaluar si pueden ser calificadas como manifestaciones de lo que propone la aproximación del Espacio Regulatorio.

A. Autoridad legal fragmentada

1. Ministerio del sector: ¿contrapeso o enemigo declarado?

Dentro del marco legal peruano, el Ministerio del sector representa la autoridad política del Ejecutivo dentro de cada industria sujeta a regulación. Parte importante de la autoridad formal para ejercer capacidades regulatorias se mantiene en manos del Ministerio. Ejemplo de ello es que en todos los casos el Ministerio es la autoridad concedente y como tal administra la posibilidad de entrada de los operadores al mercado a través del otorgamiento de los títulos habilitantes para prestar los servicios. En otras palabras, el regulador sólo cumple sus labores una vez que las empresas han sido autorizadas por el Ministerio para operar en el mercado.

En la industria eléctrica, el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MEM) es quien otorga las concesiones para las actividades de generación superior a 10 MW de potencia, de transmisión, y de distribución de electricidad para demandas superiores a 500 KW. Asimismo, es el encargado de establecer servidumbres en favor de los operadores eléctricos que lo requieran para el desarrollo de sus actividades¹⁶. En el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC) se encarga de otorgar las concesiones para prestar servicios portadores, finales y de difusión; así como de la administración y asignación de recursos escasos (espectro radioeléctrico y numeración) entre los operadores interesados¹⁷. En el caso del sector de saneamiento, el Ministerio de Vivienda, Construcción

y Saneamiento (en adelante MVCS) es el organismo rector de la industria y la autoridad concedente –junto con las municipalidades– encargada del otorgamiento de los derechos de explotación de los servicios de saneamiento (agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, y disposición sanitaria de excretas)¹⁸.

Las distintas competencias que mantiene el Ministerio del sector y no son trasladadas al regulador evidencian que la autoridad legal formal se encuentra fragmentada. Producto de la distribución de funciones y capacidades existente se generan relaciones de diversa naturaleza entre Ministerio del sector y regulador.

Un tipo de relación que puede instaurarse es la de contrapeso en que existe una convivencia pacífica pero con momentos de enfrentamiento, de manera que cada quien aporta las capacidades regulatorias que posee para lograr los objetivos regulatorios. Un ejemplo de ello se dio en el sector de telecomunicaciones, como parte del procedimiento seguido en los años 2004 y 2005 para que el MTC autorice la transferencia de las concesiones y espectro radioeléctrico entre las empresas Telefónica Móviles S.A.C. y Bellsouth Perú S.A. como consecuencia de la fusión entre ambas¹⁹.

Como se sabe, el MTC decidió aprobar la transferencia de las concesiones, pero sujetando la aprobación al cumplimiento de varias condiciones. Una de ellas fue que la empresa resultante de la fusión no cobre tarifas diferentes para las llamadas dentro de la red que se formaría al unir ambas empresas (llamadas *on-net*) y para las llamadas originadas en su red y con destino en otras redes (llamadas *off-net*), sujetando dicha prohibición a que el Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones-OSIPTEL fije el cargo por terminación de llamadas en redes móviles y se pronuncie sobre los efectos de la referida diferencia entre tarifas *on-net* y *off-net*²⁰.

La aplicación de tarifas *on-net* y *off-net* diferenciadas era una práctica comercial usual dentro del mercado de telefonía móvil, pero el MTC optó por limitar la capacidad de la empresa resultante de la fusión –que sería la más grande del mercado– de utilizar dicha

¹⁶ Artículos 3, 25 y 111 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Decreto Ley 25844 y artículos 29 y 216-222 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. Decreto Supremo 009-93-EM.

¹⁷ Artículo 75 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. Decreto Supremo 013-93-TCC y artículos 113-115 y 122-124 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Decreto Supremo 006-94-TCC.

¹⁸ Artículos 2, 5 y 8 de la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley 26338 y artículos 4 y 139 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento. Decreto Supremo 023-2005-VIVIENDA.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 122 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, las concesiones y asignaciones de espectro radioeléctrico otorgadas a un operador sólo pueden transferirse a otro si es que existe aprobación previa del MTC.

²⁰ Artículo 2.4 de la Resolución Viceministerial 160-2005-MTC/03. Procedimiento de transferencia de concesiones de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (ex Bellsouth Perú S.A.), publicada en el Peruano el 08 de abril de 2005.

práctica comercial hasta que el regulador se pronunciara sobre los efectos que ello podría ocasionar²¹.

Es otras palabras, el MTC decidió sobre un aspecto que es parte del ámbito de competencia exclusiva del regulador, cual es el de las tarifas y condiciones tarifarias aplicadas por los operadores móviles. No obstante, limitó temporalmente las consecuencias de su injerencia, dejando en manos del regulador el tiempo que tendría vigor tal decisión. En efecto, luego del proceso correspondiente, el OSIPTEL fijó los cargos de terminación de llamadas en redes móviles y también se pronunció señalando que la diferenciación de tarifas *on-net* y *off-net* por parte de la empresa fusionada era una modalidad de discriminación de precios que podía resultar eficiente, por lo que no debía limitarse a *priori*²².

También como parte de la relación de contrapeso entre Ministerio y organismo regulador, se pueden encontrar episodios de enfrentamiento ocasional por materias sensibles. Este fue el caso del intercambio de opiniones entre el Organismo Supervisor de Inversión en Energía-OSINERG y el MEM debido al reajuste de tarifas que tendría que haber aplicado el regulador en octubre de 2005, a raíz del incremento del precio internacional de los insumos para la generación eléctrica (gas natural, diesel y petróleo residual).

El problema se desencadenó cuando el OSINERG anunció que las tarifas finales de electricidad se incrementarían alrededor de 3%. El MEM no sólo afirmó que no había razones para dicho incremento, sino que indicó que pediría explicaciones al regulador. Por su parte, el OSINERG manifestó que ya había advertido al MEM sobre la posibilidad de tener que efectuar ese reajuste debido a los efectos que podía tener el huracán Katrina que asoló Estados Unidos sobre el precio de los insumos mencionados. Además, el regulador agregó que había presentado al MEM un proyecto de modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, para evitar que los precios internacionales de los insumos afecten directamente

las tarifas eléctricas, pero que no se le había hecho caso²³.

Posteriormente la tensión se redujo. El MEM y el OSINERG comenzaron a evaluar como alternativas de solución del problema tanto la modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas como pedir a Pluspetrol –empresa concesionaria de la explotación del Gas de Camisea– la reducción del precio de venta de gas natural a las generadoras eléctricas²⁴. Finalmente, luego de lograr un acuerdo con Pluspetrol, el MEM adoptó una decisión para resolver el problema, estableciendo vía resolución ministerial que el OSINERG no tome en cuenta el desenvolvimiento de los precios de los combustibles de los meses de septiembre y octubre en su reajuste mensual de las tarifas eléctricas²⁵.

La relación entre Ministerio y regulador también puede ser tirante y, en el extremo, convertir al primero en “enemigo declarado” del segundo. Esto es lo que ha sucedido en el sector de saneamiento.

En el año 2000 la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento-SUNASS aprobó el plan maestro y financiero de SEDAPAL, la mayor empresa de servicios de saneamiento del Perú, que se encuentra bajo la autoridad del MVCS. En esa oportunidad, la SUNASS aprobó un incremento del 18% de las tarifas de SEDAPAL y no el 41% que ésta pedía. En el 2002 el regulador encontró que la empresa no había cumplido con las metas previstas, por lo cual no autorizó el incremento tarifario de 5.6% que aún faltaba aplicar. Asimismo, la SUNASS decidió que SEDAPAL debía crear una cuenta especial intangible para colocar los recursos que serían destinados a las inversiones²⁶. Posteriormente, la empresa no pudo cubrir el servicio de su deuda y solicitó a la SUNASS reducir el monto de recursos destinado al fondo intangible, del 31% al 11% de sus ingresos, lo cual no fue aceptado por el regulador. Ante esta situación, el MVCS emitió un decreto supremo desautorizando al regulador y permitiendo que SEDAPAL utilice el fondo intangible para cubrir gastos distintos a inversiones²⁷.

²¹ Esta aprobación condicionada a la opinión posterior del OSIPTEL fue ampliamente comentada en los medios de prensa escrita: “Telefónica no podrá modificar tarifas de celulares: Mientras OSIPTEL no se pronuncie sobre este tema y fije los cargos de terminación en redes móviles”. Diario Gestión. 11 de abril de 2005; “En la víspera del festejo por el lanzamiento de Movistar: El MTC aprobó la fusión de Telefónica, pero le impuso fuertes restricciones”. Diario El Comercio. 09 de abril de 2005; “MTC aprueba fusión con Bellsouth bajo ciertas condiciones: Telefónica devolverá banda de servicio móvil”. Diario Perú 21. 09 de abril de 2005.

²² Resolución 070-2005-CD/OSIPTEL de 24 de noviembre de 2005 (fija cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles). Resolución 071-2005-CD/OSIPTEL de 27 de noviembre de 2005 (diferenciación entre las tarifas *on-net* y las tarifas en el mercado de telefonía móvil).

²³ “OSINERG y el Ministerio de Energía se enfrentan por aumento de tarifas”. Diario El Comercio. 05 de octubre de 2005.

²⁴ “Tomarán medidas para revertir aumento de tarifas eléctricas”. Diario El Comercio. 06 de octubre de 2005.

²⁵ Resolución Ministerial 450-2005-MEM/DM de 29 de octubre de 2005 (establecen disposiciones para la aplicación de la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo 038-2005-EM). “MEM evitaría alza de electricidad tras lograr acuerdo con Pluspetrol: OSINERG definirá reajuste el viernes”. Diario El Comercio. 02 de noviembre de 2005.

²⁶ Este “Fondo Intangible” se creó mediante Resolución 013-2002-SUNASS-CD de 11 de abril de 2002.

²⁷ Decreto Supremo 007-2005-VIVIENDA. “Las aguas están movidas en la relación SEDAPAL y SUNASS”. Diario La República. 19 de mayo de 2005. “SUNASS vs. SEDAPAL: La verdad detrás del enfrentamiento”. Diario El Comercio. 11 de junio de 2005.

Luego de ello, el enfrentamiento entre ambos se ha mantenido. El MVCS creó una comisión de trabajo encargada de elaborar una propuesta de modificación del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, la cual estaba encabezada por el vicepresidente de SEDAPAL y no contaba con participación de la SUNASS, pese a que el regulador había presentado antes una propuesta de modificación del mencionado reglamento al MVCS²⁸. La SUNASS planteó que la propuesta que elaborara dicha comisión debía publicarse para recibir comentarios, pues se estaban tocando aspectos tarifarios que eran de competencia del regulador; pero el MVCS manifestó que no tenía obligación alguna de publicar la propuesta²⁹. El propio Ministro del sector sostuvo no solamente que se estaba evaluando la necesidad de reformar al regulador para mejorar su nivel técnico, sino que los cambios que se estaban evaluando eran de competencia del MVCS y no del regulador, y que si esto disgustaba a alguien dentro de la SUNASS, podían renunciar³⁰.

Los cambios introducidos en el MVCS no mejoraron la tensa situación, pues el nuevo titular del ramo también incluyó dentro de su agenda la reforma de la SUNASS y, además, mantuvo el mismo tono de crítica hacia el regulador, señalando por ejemplo que no colaboraba para que las empresas de servicios de saneamiento sinceren sus tarifas³¹. Más aún, en el contexto de la decisión de SEDAPAL de no pagar el aporte por regulación que le corresponde abonar a la SUNASS –tema que se describirá con detalle más adelante–, el MVCS no sólo apoyó la posición de la empresa, sino que habría tratado de impulsar en el Consejo de Ministros una propuesta para declarar en emergencia al regulador y tomar su control temporalmente³².

Como se advierte de los ejemplos antes descritos, tanto el Ministerio del Sector como el regulador cuentan con

roles y capacidades regulatorias propias. El ejercicio de dichas capacidades puede dar lugar a una relación amistosa pero con enfrentamientos ocasionales, o muy tensa entre ambos, llegando incluso al extremo en que el Ministerio trata de ahogar al regulador.

Así, los ejemplos del sector de telecomunicaciones y del sector electricidad indican una relación de contrapeso, en que pueden existir pugnas esporádicas donde Ministerio y regulador miden fuerzas, pero donde el primero reconoce que el segundo cuenta con recursos importantes –tales como experiencia e información– que le dan la capacidad de emitir juicios técnicos y finalmente avalar su autoridad. Por el contrario, el ejemplo del MVCS y la SUNASS no sólo muestra un supuesto en que la autoridad legal del regulador no es cabalmente reconocida por el Ministerio, sino además que éste trata de dejarlo de lado o incluso de reducirlo a su mínima expresión.

2. Congreso de la República: ¿legislador o regulador sustituto?

La autoridad legal del regulador también se ve atenuada por la insistente participación del Congreso de la República en el Espacio Regulatorio. En efecto, no es extraño encontrar que el Congreso proponga iniciativas legislativas contrarias a la opinión técnica del regulador o que invaden fueros que por su naturaleza son de su exclusiva competencia, partiendo de un supuesto incumplimiento de sus funciones. Inclusive, en ciertas ocasiones, el Congreso también trata de legislar sobre materias cuyo desarrollo corresponde al Ministerio del Sector.

Un primer ejemplo de lo anterior es el proyecto de ley de la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso (en adelante CODECO) que disponía que las

²⁸ “¿Iniciativas de último momento?: Proceso de concesión de empresas de saneamiento podría postergarse”. Diario El Comercio. 14 de abril de 2005.

²⁹ “Pugna entre SUNASS y Vivienda por modificación a la ley de Saneamiento”. Diario La República. 08 de junio de 2005.

³⁰ “Reformarán Superintendencia de Servicios de Saneamiento: Para facilitar reajustes tarifarios anunció Bruce”. Diario Gestión. 08 de junio de 2005. En este artículo periodístico se señala lo siguiente: “El ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Carlos Bruce afirmó que es necesario reformar y tecnificar a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) para elevar su nivel técnico a fin de que pueda regular también a entidades privadas de saneamiento. (...) Consultado sobre la crítica de la SUNASS en el sentido de que el Ministerio de Vivienda no está actuando de manera transparente en la modificación del reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, en vista de que en este tema no participa dicho ente regulador, el ministro afirmó que es su sector al que compete revisar ese tema, por ser el ente normativo en el mismo”. De igual manera, se indica que el ministro habría expresado lo siguiente: “Yo no me meto con las funciones del Organismo Regulador, y éste no se mete con las funciones normativas (...) Si a algunos dentro de la SUNASS les disgusta, pueden renunciar”. (subrayado agregado).

³¹ “Nuevo ministro de Vivienda insistirá con reforma de SUNASS”. Diario Gestión, 18 de agosto de 2005. “Ante observaciones del ministro de Vivienda: SUNASS se defiende y sostiene que siempre ha apoyado a SEDAPAL”. Diario Gestión. 21 de noviembre de 2005.

³² “Vega apoya a SEDAPAL y crítica sueldos de burocracia de SUNASS”. Diario. La República. 21 de febrero de 2006; “Se agrava la disputa entre SEDAPAL y la SUNASS por fijación de tarifas”. Diario El Comercio. 18 de febrero de 2006. En esta última nota periodística se indica que: “La SUNASS se vio forzada ayer a publicar un aviso advirtiendo a la opinión pública que SEDAPAL ha incumplido con trasladarle el dinero que cobra a los usuarios para la supervisión del sector, equivalente al 1% del monto facturado a cada cliente. (...) Lo extraño de este caso es que el regulador haya tenido que recurrir a un aviso publicitario para llamar la atención. Al parecer, el regulador considera que cuenta con pocos “amigos” en el Ejecutivo. Es más, según pudo conocer este diario, la semana pasada, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento habría impulsado en el Consejo de Ministros un decreto de urgencia para declarar en emergencia al regulador, aduciendo que no había sido capaz de cumplir con sus funciones –a juicio del Ministerio–, establecer las tarifas de todas las empresas de saneamiento del país (a la fecha sólo se ha terminado un proceso, el de Arequipa). La propuesta del Ministerio habría incluido la toma del regulador por parte de sus funcionarios, algo que no fue aceptado por la PCM y el MEF, que exigieron a SEDAPAL que cumpla con el pago por supervisión a SUNASS” (subrayado agregado).

empresas prestadoras de servicios de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones, asumieran el costo de la comisión que cobran los bancos y entidades financieras a los usuarios por el pago de los recibos de dichos servicios. Es decir, el proyecto establecía que las empresas prestadoras de los servicios públicos que contrataran con terceros el cobro, recepción o recaudación del pago de los recibos asumieran la comisión que cobrarán esos terceros al usuario que llegaba a pagar su recibo³³. Esta iniciativa fue aprobada por la CODECO pese a que la Superintendencia de Banca y Seguros y los organismos reguladores de los sectores involucrados advirtieron que las empresas prestadoras de servicios públicos trasladarían igual al usuario el referido costo a través de la tarifa de los servicios, con lo cual lo único que ocasionaría el proyecto era el incremento de las tarifas³⁴.

También puede considerarse el intento del Congreso de asumir funciones reguladoras a través de la iniciativa legislativa de la CODECO que planteaba modificar los contratos de telefonía fija suscritos por los usuarios, debido a que los mismos contenían supuestas cláusulas abusivas, en particular, por el hecho de que los planes tarifarios ofrecidos por Telefónica del Perú S.A.A. eran por montos de pago predeterminados que no permitían a los usuarios pagar sólo por los consumos que efectivamente

realizaban³⁵. Según el Presidente de la CODECO, este proyecto tenía por finalidad suplir el vacío que había dejado el regulador al no establecer las normas correspondientes oportunamente³⁶. La pretendida intervención del Congreso en una materia propia del ámbito del regulador de telecomunicaciones originó el pedido público del Ministro del Sector para que el Congreso no interfiriera en la regulación de estas materias, por tratarse de cuestiones que deben ser estudiadas y definidas por el Organismo Regulador especializado³⁷.

Un tercer ejemplo se encuentra en el proyecto de ley para modificar el artículo 92 de la Ley de Concesiones Eléctricas³⁸, con la finalidad de que las empresas distribuidoras de electricidad devolvieran a los usuarios los montos facturados por errores de procesamiento o por falta de una adecuada medición³⁹. En este caso, el MEM tenía opinión contraria a la referida iniciativa, por considerar que su aplicación era muy complicada y que además podía dar lugar a que las empresas distribuidoras apliquen un incremento en las tarifas que cubra los costos en que tendrían que incurrir para contrastar mensualmente los medidores eléctricos y evitar así cobros mayores que el consumo exacto de electricidad. Al respecto, el Viceministro de Energía habría señalado que este tipo de iniciativas respondía principalmente a un afán populista del Congreso⁴⁰.

³³ Proyecto de Ley 13531/2005-CR. Ley que establece que las empresas proveedoras de los servicios de agua, luz, teléfono, cable e internet deben asumir el costo de las comisiones que cobren las empresas del sistema financiero y demás establecimientos autorizados, a los usuarios y consumidores por el pago de sus recibos por consumo. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

³⁴ "Aprueban proyecto que podría aumentar tarifas de servicios públicos: Comisión de Defensa del Consumidor insiste en iniciativa pese a advertencias de organismos reguladores". Diario Gestión. 17 de noviembre de 2005.

³⁵ Proyecto de Ley 13279/2004-CR. Ley complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de servicios públicos de telefonía fija y tarjetas pre-pago. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

³⁶ En un artículo periodístico aparecido sobre esta iniciativa legislativa se señalaba lo siguiente: "El presidente de la referida comisión parlamentaria, Yohny Lescano, considera que los contratos de telefonía fija contienen cláusulas lesivas a los derechos de los usuarios por lo que urge que se adopten medidas que eviten esto. (...) Por ello señala que "la exclusión de estipulaciones abusivas no significa intervenir ni limitar los contratos sino, mas bien, reponer el equilibrio contractual basado en la buena fe entre las partes". Por lo demás, refiere que la iniciativa legal llena un vacío normativo provocado por el Organismo Regulador que no ha emitido hasta la fecha las cláusulas generales de contratación respectivas y mantiene vigente una norma obsoleta del año 1998 que ha sido sobrepasada por el contenido de los 44 planes tarifarios de la empresa monopólica" (subrayado agregado). "Congreso busca evitar abusos en telefonía fija: Comisión de Defensa del Consumidor considera que persisten cláusulas abusivas en los contratos de usuarios". Diario Gestión. 11 de julio de 2005.

³⁷ Una nota periodística señalaba lo siguiente sobre este tema: "Sobre el particular el viceministro de Comunicaciones, Juan Pacheco, manifestó que no es necesaria la intervención del Legislativo en temas de regulación de servicios, si se tiene en cuenta que ya existen en el país instituciones que cumplen estas facultades como el OSIPTEL". "Las iniciativas del Congreso son bienvenidas pero hay que estudiarlas adecuadamente", indicó. En ese sentido recomendó a la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso realizar un debate técnico y objetivo sobre el proyecto de ley que propone "la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de telefonía fija y de las tarjetas prepago para no perjudicar a los inversionistas". Agregó que "en una actividad tan dinámica y especializada, lo recomendable es dejar a los organismos especializados que se dediquen a ese asunto, y no apresurar opinión sólo con el fin de defender los derechos de los usuarios" (subrayados agregados). "Gobierno pide al Congreso que no interfiera en regulación telefónica". Diario Gestión. 12 de julio de 2005.

³⁸ El referido artículo de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 25844, establece lo siguiente:

"Artículo 92.- Cuando por falta de adecuada medición o por errores en el proceso de facturación, se considere importes distintos a los que efectivamente correspondan, los concesionarios procederán al recupero o al reintegro según sea el caso. El monto a recuperar por el concesionario se calculará a la tarifa vigente a la fecha de detección y considerando un período máximo de 12 meses anteriores a esta fecha. El recupero se efectuará en 10 mensualidades iguales sin intereses ni moras. El reintegro al usuario se efectuará, a su elección, mediante el descuento de unidades de energía en facturas posteriores o en efectivo en una sola oportunidad, considerando las mismas tasas de interés y mora que tiene autorizadas el concesionario para el caso de deuda por consumos de energía".

³⁹ Proyecto de Ley 01919 de 2002. Ley que modifica el artículo 92 de la Ley de Concesiones Eléctricas y los artículos 171, 177, 181 y 202 de su Reglamento. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴⁰ Al respecto, el Viceministro de Energía habría señalado lo siguiente: "Las compañías podrían solicitar un aumento de tarifas porque las empresas, para evitar incurrir en esos reintegros, van a tener que contratar a un ejército para contrastar los medidores, si es posible todos los meses". "Efectos de la ley que pide reintegrar a usuarios: Amenazan con subir la tarifa de electricidad". Diario Expreso. 11 de mayo de 2005. Asimismo, habría afirmado lo que sigue: "Creo que se han dejado llevar algunos congresistas por el hecho de que parece muy favorable que las empresas puedan devolver una cantidad de plata importante a los usuarios por consumos mal medidos, pero creemos que se está cayendo en un error, un exceso de populismo por favorecer a unos, de manera que no suena muy favorable" (subrayado agregado). "Próxima semana Ejecutivo presentará cambios a la Ley de Concesiones Eléctricas" Diario Gestión. 11 de mayo de 2005.

Un caso más evidente de intervención del Congreso en el ámbito de competencia del regulador y del Ministerio del Sector se produjo con ocasión de la fusión entre Telefónica Móviles S.A.C. y Bellsouth Perú S.A., y en paralelo a la tramitación del procedimiento para que el MTC autorice la transferencia de las concesiones y espectro radioeléctrico entre dichas empresas. El Congreso tuvo injerencia en el tema cuando menos a través de tres iniciativas legislativas de distinto calibre y también mediante otras acciones directas.

De un lado, la CODECO aprobó un proyecto que “interpretaba” dos artículos de la Ley de Telecomunicaciones⁴¹ y, en función de ello, establecía que estaban prohibidos los acuerdos de fusión entre operadoras de telecomunicaciones competidoras que crearan una posición de dominio en el mercado⁴². Este proyecto fue ampliamente comentado en los medios de prensa escrita, señalándose que con este proyecto los congresistas pretendían impedir –haciendo aplicable la norma hacia atrás– la concentración de las referidas operadoras de telefonía móvil⁴³. La CODECO buscaba solucionar por esta vía el supuesto problema de concentración del mercado de telefonía móvil que en su opinión habían permitido tanto el MTC como el OSIPTEL, al asumir –erradamente, según la referida Comisión del Congreso– que el marco legal peruano no prohibía ni limitaba la posibilidad de que a través de ese tipo

de operaciones se crearan empresas con posición de dominio en el mercado⁴⁴.

De otro lado, el Congreso también emitió dos proyectos de ley sobre aspectos relacionados con la concentración de las empresas de telefonía móvil. Uno de ellos definía criterios asimétricos para el pago de cargos por terminación de llamadas entre las empresas de telefonía móvil, de modo que se beneficiara a los operadores que iban a competir con la empresa fusionada. Esta iniciativa señalaba que la empresa dominante –es decir la que naciera de la referida concentración– debía pagar a los demás operadores móviles el 100% del cargo por terminar llamadas en sus redes, mientras que éstos últimos sólo debían pagar a la dominante una parte del cargo que correspondía por terminar llamadas en su red, encargándose al OSIPTEL que defina el porcentaje de reducción del cargo que gozarían los otros operadores móviles⁴⁵. El autor de este proyecto señaló abiertamente que su iniciativa era la forma en que el Congreso enfrentaba la –supuesta– inoperancia y demora del OSIPTEL en fijar los cargos de terminación en redes móviles⁴⁶.

El otro proyecto de ley mencionado establecía la obligatoriedad de la portabilidad numérica, es decir, que los usuarios tuvieran el derecho de seguir utilizando el mismo número de teléfono móvil pese a que utilizaran los servicios de un operador distinto a aquel

⁴¹ Los artículos del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC, objeto de la referida interpretación eran los siguientes: “Artículo 6.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado”. “Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras”.

⁴² Proyecto de Ley 12155/2004-CR. Ley de interpretación de los artículos 6 y 69 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴³ “Aprueban proyecto que impediría fusión de Telefónica con Bellsouth”. Diario Gestión. 28 de enero de 2005; “Proyecto del Congreso: Frenan unión de Telefónica con Bellsouth”. Diario Perú 21. 28 de enero de 2005; “Aprueban proyecto en Comisión de Defensa del Consumidor: Congresistas impiden fusión de Telefónica con Bellsouth” Diario Expreso. 28 de enero de 2005; “Luz roja: Prohibirán fusión de Telefónica”. Diario El Comercio. 28 de enero de 2005. En esta última nota periodística se señalaba lo siguiente: “Antes de que el Poder Ejecutivo se pronuncie acerca de la fusión de Telefónica Móviles y Bellsouth, en el Congreso ya se cocinaba una ley para impedir esta operación. La Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos aprobó por mayoría un proyecto de ley que impide la fusión o adquisición entre empresas competidoras cuyo efecto sea la “manifiesta” posición dominante de la nueva empresa” (subrayado agregado).

⁴⁴ Al respecto, en una columna de opinión, el Presidente de la CODECO, Congresista Yonhy Lescano, manifestó lo siguiente: “Tanto el Ministerio de Transportes como OSIPTEL, y hasta el Indecopi, han señalado que si bien la operación tendría sus bemoles, no existe en el Perú una ley de control previo de fusiones y adquisiciones en telecomunicaciones y por tanto no había cómo impedir esta operación. Esto no es cierto, los artículos 6 y 69 de la Ley de Telecomunicaciones ordenan respectivamente que “se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado” y la prohibición de acuerdos que produzcan o puedan producir el efecto de restringir la competencia. (...) La negligencia del MTC y OSIPTEL ha permitido que la operación avance y a la fecha tenemos que Telefónica Móviles opera de facto y al margen de la ley a Bellsouth bajo el nombre de Comunicaciones Móviles, sin esperar la resolución del MTC (que sigue deshojando margaritas) (...). Ante la inacción del MTC y la pasividad de OSIPTEL en defender el interés de los usuarios conforme al mandato del artículo 65 de la Constitución, la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso ha tenido que actuar aprobando una iniciativa legislativa para precisar los alcances de los artículos 6 y 69 de la Ley de Telecomunicaciones (...)” (subrayados agregados). “Fusiones y matrimonios peligrosos”. Diario La República. 28 de febrero de 2005.

⁴⁵ Proyecto de Ley 12118/2004-CR. Ley que establece disposiciones sobre los cargos de interconexión en el sector de la telefonía móvil. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴⁶ En una entrevista sobre el particular, el Congresista Jacques Rodrich, a la sazón Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso, manifestó lo siguiente: “Correo: ¿Pero la telefonía móvil se rige por la competencia del mercado? JR: Ahora que ha variado la composición del mercado –por la fusión de Telefónica y Bellsouth–, el Grupo Telefónica tiene casi el 70% de participación del mercado, por lo que se necesita poner ciertas normas. Correo: ¿Pero significa regular un mercado que no lo está? JR: En buena hora, porque si el mercado de telefonía móvil se sigue manteniendo asimétrico se favorecerá el monopolio. Correo: ¿Significaría asumir una función que es de OSIPTEL? JR: No. Significa decirle a OSIPTEL que el camino es así (como lo hace el Congreso), que la inoperancia no es parte de las reglas de juego. OSIPTEL se demora tres años hasta decidirse qué hacer y lo hace cuando lo presiona la opinión pública” (subrayado agregado). “Ante inoperancia del Organismo Regulador: Proponen regular telefonía móvil para evitar monopolio”. Diario Correo. 24 de abril de 2005.

con el que contrataron originalmente⁴⁷. Este proyecto buscaba facilitar que los usuarios cambien de operador de telefonía móvil si es que no querían mantenerse con la nueva operadora nacida de la concentración entre Telefónica Móviles y Bellsouth. Con esta iniciativa legislativa el Congreso intervenía también en el ámbito de funciones del MTC, en tanto que la definición de este tipo de políticas de telecomunicaciones corresponde a dicha autoridad según el marco legal vigente. Esta intervención del Congreso se dio pese a que el MTC ya venía evaluando los costos y beneficios de la portabilidad numérica a profundidad para definir si era conveniente establecerla⁴⁸.

Finalmente, cuando el MTC decidió autorizar la transferencia de las concesiones y espectro radioeléctrico de las empresas fusionadas⁴⁹, el Presidente de la CODECO anunció que impugnaría tal decisión, por considerar que violentaba las normas reglamentarias que había emitido el propio Ministerio sobre los límites de concentración de espectro radioeléctrico en manos de una empresa y que la referida decisión constituía un retroceso en materia de protección del usuario⁵⁰.

Todos los ejemplos descritos son muestra del ímpetu con que el Congreso trata de intervenir en materia de regulación de servicios públicos. Las iniciativas legislativas planteadas a manera de ejemplo tienen como elemento común ser la “respuesta” del Congreso –principalmente a través de la CODECO– para proteger al usuario ante la supuesta inoperancia de los reguladores en esta materia o para tomar oportunamente decisiones que éstos demoran demasiado en adoptar. Adicionalmente, en ciertos casos también muestran su inclinación por la defensa de ciertos intereses empresariales frente a otros (por ejemplo, las otras empresas frente al dominante). Igualmente, representan una forma de legitimar su existencia como ente fiscalizador del desempeño de los reguladores.

Un tema de importancia que merece ser destacado es que la respuesta del Congreso no está orientada a transformar el diseño institucional de la regulación para que funcione en los términos esperados –ámbito en que el Congreso sería el llamado naturalmente a

intervenir por el nivel jerárquico de sus normas–, sino que busca ejecutar la agenda reguladora del sector. En tal sentido, la intervención del Congreso en el Espacio Regulatorio diluye la autoridad legal del regulador e incluso, en ciertos casos, trata de suplantarlos en sus funciones.

3. Poder Judicial: ¿instancia de revisión o regulador potencial?

El Poder Judicial tiene la función de revisar la validez de las decisiones de la administración, incluyendo en ella a los organismos reguladores. Esta función se sustenta en la garantía legal que permite cuestionar judicialmente los actos y decisiones que emiten las entidades públicas. No obstante, ocasionalmente el Poder Judicial termina actuando como una instancia de regulación directa y no únicamente de revisión. De esta manera, sus decisiones acaban superponiéndose a las medidas adoptadas por el regulador.

Un ejemplo muy reciente de ello es el caso de las compensaciones fijadas por OSINERG por el uso de las líneas de transmisión secundaria de Eteselva S.R.L. El regulador fijó las compensaciones que debían pagarse por las líneas de transmisión secundaria L-251 y L-252 de Eteselva, estableciendo que el pago en el caso de la primera línea correspondía íntegramente a Termoselva S.R.L. y en el caso de la segunda a los generadores del Sistema Interconectado Nacional en función de uso físico de las instalaciones⁵¹.

Eteselva pidió la reconsideración de esta decisión señalando que las compensaciones por las líneas L-251 y L-252 debían ser asumidas al 100% por la demanda que se beneficiaba con ellas, es decir, en ambos casos, generadores y consumidores. OSINERG declaró infundada esta reconsideración señalando que no correspondía que las referidas compensaciones fueran pagadas por la demanda y confirmó su decisión original⁵².

En enero del 2002, Termoselva interpuso acción de amparo contra las dos resoluciones de OSINERG antes mencionadas, por vulneración de sus derechos a la propiedad, al debido proceso y a la no discriminación, y solicitando que se declare la ineficacia de dichas

⁴⁷ Proyecto de Ley 12117/2004-CR. Ley de portabilidad numérica en el sector de telefonía móvil. Ver: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf> (visitada el 08 de abril de 2006).

⁴⁸ El MTC conformó junto con el OSIPTEL un grupo de trabajo sobre esta materia. Este grupo elaboró un estudio que luego fue publicado para dar a conocer los resultados y los comentarios que se habían recibido de parte de las empresas operadoras. Documento de Trabajo 1: Implementación de la Portabilidad Numérica en el País de diciembre de 2004.

⁴⁹ Resolución Vice-Ministerial 160-2005-MTC/03. Procedimiento de transferencia de concesiones de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (ex Bellsouth Perú S.A.), publicada en el Diario El Peruano el 08 de abril de 2005.

⁵⁰ “Impugnación”. Diario Gestión. 12 de abril de 2005.

⁵¹ Resolución 1449-2001-OS/CD de 15 de agosto de 2001.

⁵² Resolución 1797-2001-OS/CD de 26 de septiembre de 2001.

resoluciones y se ordene la expedición de una nueva resolución donde se determine que las compensaciones por uso de las líneas L-251 y L-252 deben ser pagadas por los generadores y consumidores. Esta demanda fue declarada fundada en primera y segunda instancia, declarándose inaplicables respecto de la demandante las resoluciones antes mencionadas del OSINERG y ordenándose al regulador expedir nueva resolución con arreglo a ley⁵³.

Conociendo el resultado a nivel judicial, el OSINERG advirtió públicamente que el fallo de la Corte Superior ocasionaría un incremento de hasta el 7% en las tarifas de suministro eléctrico para los usuarios finales, como consecuencia de que se ordenó que las compensaciones de las líneas de transmisión de Eteselva también sean pagadas por los consumidores⁵⁴. Asimismo, llamó la atención sobre la injerencia que estaba teniendo el Poder Judicial en el ámbito de la regulación de tarifas⁵⁵.

Estos hechos colocaron en una complicada situación al regulador pues la aplicación de la sentencia implicaba cobrar mayores tarifas a los usuarios desde el año 2001. Ante ello, el OSINERG optó por una salida formal. Señaló que la sentencia ordenaba que no se cobre todo el costo de la línea de transmisión a Termoselva, pero no definía a quién debe cobrarse lo que se deja de cobrar a esta empresa, por lo cual OSINERG iba a acatar la sentencia en aquella parte que era posible aplicar de forma directa, aunque con ello quien iba a recibir un menor pago era Eteselva. En otras palabras, OSINERG afirmó que no trasladaría el costo de esa línea a los usuarios⁵⁶. Esto quedó materializado finalmente en una resolución del Consejo Directivo del OSINERG que estableció la parte de las compensaciones por el uso de las líneas L-251 y L-252 que debía pagar Termoselva por el período de agosto de 2001 a julio de 2002⁵⁷.

Esto dio lugar a que Termoselva solicitara al Poder Judicial que emita una sentencia ampliatoria para sustituir la omisión en que según ella había incurrido el OSINERG al no definir quién debía correr con el costo restante de las líneas antes referidas. El Poder Judicial consideró que el contenido de la resolución expedida por el OSINERG no se adecuaba a lo dispuesto por la sentencia judicial ni en el período considerado ni en los responsables del pago, por lo cual expidió la sentencia ampliatoria solicitada. En tal sentido, resolvió que el pago de las compensaciones en cuestión debía ser sufragado por los generadores y consumidores, y ordenó que el OSINERG establezca los montos específicos a pagar por dichos agentes desde agosto del 2001 hasta octubre del 2005⁵⁸.

Ante ello, la única opción que le quedó al OSINERG fue establecer los montos de compensación que debían pagar los generadores y los consumidores por concepto de compensaciones por el uso de las líneas L-251 y L-252, con efectos hacia atrás para cubrir el período señalado por el Poder Judicial⁵⁹.

Este ejemplo demuestra que la intervención del Poder Judicial puede dar lugar a que se establezca una forma alternativa para crear regulación fuera del ámbito de acción del regulador e inclusive en contra de lo que su evaluación técnica podría haber concluido.

4. A manera de resumen

Los ejemplos presentados son evidencia de que la autoridad legal formal no está centralizada en el regulador sino distribuida entre varios agentes estatales, tales como el Ministerio del Sector, el Congreso de la República y el Poder Judicial. El Ministerio puede ser un contrapeso –más o menos rígido según la industria y materia en cuestión– de las posiciones adoptadas por el regulador; aunque

⁵³ Resolución de 10 de noviembre de 2004 de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Expediente 2002-2710-0-0100-J-CI-50).

⁵⁴ "Fallo judicial contra OSINERG podría aumentar tarifas eléctricas hasta en 7%. Organismos regulador cerca de perder juicio con Termoselva y teme que se puedan generar demandas similares". Diario Gestión. 18 de abril de 2005.

⁵⁵ "Continúa controversia entre organismos regulador y el grupo energético Aguaytía: OSINERG pide nulidad de sentencia judicial que elevaría tarifas eléctricas". Diario Gestión. 27 de abril de 2005. En este último artículo se señalaba que el gerente legal del OSINERG había manifestado lo siguiente: "Además, si bien coincidió en que, como señala dicho comunicado, el efecto inmediato para los usuarios finales será un aumento de las tarifas de hasta aproximadamente 0.2%, dijo que lo más preocupante es la injerencia del Poder Judicial en la regulación de tarifas, señalando que dicho poder está interviniendo en fueros netamente técnicos de los organismos reguladores" (subrayado agregado).

⁵⁶ Pese a decisión del Poder Judicial: OSINERG no trasladará a usuarios mayor costo de transmisión eléctrica". Diario Gestión. 10 de junio de 2005. En este artículo se señala lo siguiente: "El presidente de OSINERG, Alfredo Dammert, afirmó que ese organismo no va a trasladar a los usuarios finales del servicio eléctrico, el mayor costo en la transmisión de energía que significará la aplicación de una sentencia que diera el Poder judicial en favor de la empresa transmisora (sic) Termoselva. (...) Dammert dijo ayer que OSINERG va a cumplir lo que dictaminó el juez, aunque observó que el problema que tiene ese regulador es que hay vacíos en la resolución de dicha autoridad judicial, que no establecen que ese mayor costo sea asumido directamente por los usuarios. "La resolución indica que no se le puede cobrar a la generadora Termoselva, la parte que le correspondía a la transmisión, que es más o menos la mitad del costo, sino que había que ajustarlo a un cobro que representa un porcentaje menor", acotó. Además insistió en que la resolución del juez no indica a quien se le debe cobrar el resto. (...) Anotó que como OSINERG no puede desobedecer una resolución judicial, ese organismo va a aplicarla en lo que dispone la misma, es decir que se le cobrará menos a la empresa Termoselva, y el resto, acotó, queda sin saber a quien cobrarle. "La que va a recibir menos que antes, a menos que salga una forma legal de hacerlo, es la transmisora Eteselva", explicó" (subrayados agregados).

⁵⁷ Resolución 156-2005-OS/CD de 30 de junio de 2005.

⁵⁸ Resolución del 20 de octubre de 2005 del 50 Juzgado Civil de Lima (Expediente 2002-2710-0-0100-J-CI-50).

⁵⁹ Resolución 446-2005-OS/CD, del 07 de diciembre de 2005

también puede convertirse en opositor exacerbado que se enfrenta frontalmente al regulador, como sucedió en el caso de los servicios de saneamiento. La intervención del Congreso puede debilitar las capacidades del regulador con innumerables iniciativas legislativas relacionadas con su ámbito de funciones, e incluso tratar de enmendarle la plana para asumir las funciones que tiene asignadas con carácter exclusivo, como indican los ejemplos del sector de telecomunicaciones. El Poder Judicial también puede terminar ejerciendo funciones regulatorias directamente a través de su labor de revisión de las decisiones del regulador, como sucedió en el ejemplo del sector eléctrico citado.

B. Recursos regulatorios clave en manos no estatales

Como ya se ha señalado, existen recursos clave dentro del proceso regulatorio y que otorgan poder informal. Tales recursos incluyen la capacidad organizativa, que engloba el *marketing*; el control de mecanismos de gestión de intereses, la asesoría profesional, entre otros. Asimismo, la información, es decir el acceso a información valiosa y privilegiada, o la oportunidad en la que se utiliza. También está la riqueza que permite actuar sin limitaciones presupuestarias y, en el extremo, corromper el proceso regulatorio directa o indirectamente.

1. Empresas reguladas: ¿capacidad regulatoria implícita?

Las empresas que operan en cada una de las industrias de redes consideradas son reservas importantes de aquellos recursos, como lo demuestran los siguientes ejemplos.

Un caso indicativo del poder que detentan las empresas debido a la tenencia de **información**

relevante es el ocurrido en materia de fijación tarifaria del período 2006-2010 en el sector de saneamiento. De acuerdo con el marco legal vigente a mediados del 2005, las empresas prestadoras de servicios de saneamiento debían presentar a la SUNASS sus planes maestros optimizados para que el regulador apruebe las fórmulas tarifarias aplicables para los siguientes 5 años⁶⁰.

Luego de haber sido requerida por la SUNASS para que entregue su plan maestro, finalmente SEDAPAL hizo entrega de dicho documento a mediados de junio del 2005. No obstante, la referida empresa no entregó su plan financiero. Mientras el primero incluye las metas de inversión de la empresa en el período siguiente, el segundo comprende la propuesta tarifaria que permitirá alcanzarlas. Según la SUNASS ambos planes debieron ser entregados conjuntamente, para analizar la correspondencia entre metas de inversión y propuesta tarifaria de la empresa, de forma que le permitiera aprobar a tiempo la fórmula respectiva. Si bien las normas no exigían que SEDAPAL presente el plan financiero conjuntamente, lo cierto es que con ello la empresa dilataba el proceso de fijación tarifaria, que de por sí ya se encontraba retrasado por no haber entregado en fecha previa su plan maestro⁶¹.

Esta situación generó un altercado entre el regulador y la empresa, pues colocaba al primero en una difícil situación frente a los plazos que debía cumplir. En la pugna no sólo buscó intervenir el MVCS para reunirlos y tratar de que llegaran a un acuerdo⁶², sino también el Congreso⁶³. La complicada situación en que se encontraba el regulador, lo llevó a proponer en la reunión propiciada por el MVCS que la alternativa para superar el incumplimiento de las empresas de presentar sus planes maestros y financieros, era que se otorgue a la SUNASS la facultad de calcular y fijar de oficio las metas y tarifas, utilizando para ello un

⁶⁰ Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento.

⁶¹ "Artículo 31.- Las fórmulas tarifarias deben reflejar los costos económicos de prestación del servicio. Estos costos consideran la eficiencia en la gestión de las entidades prestadoras, en cada uno de los sistemas. En el cálculo se tomará en cuenta las variaciones estacionales y los planes maestros optimizados, los que originan los respectivos cargos tarifarios".

⁶² "Propuesta de inversiones que remitió SEDAPAL a SUNASS estaría incompleta". Diario Gestión. 16 de junio de 2005. "Mientras el regulador es atacado por las empresas, SEDAPAL entregó su plan maestro, pero se "olvidó" del plan financiero". Diario El Comercio. 18 de junio de 2005. En este último artículo se indicaba lo siguiente: "Parece que la calma no llegará aún al sector saneamiento. Si bien se creía que los problemas que enfrentan a la SUNASS y a SEDAPAL se resolverían esta semana con la entrega de los planes maestro y financiero de la empresa, no fue así. ¿Qué paso? Aunque fuentes ligadas al Ministerio de Vivienda, entidad a la que está adscrita SEDAPAL, indican que el plan maestro —que incluye las metas y los compromisos de inversión de la empresa para el período 2006-2030— fue aprobado por el directorio de SEDAPAL de forma conjunta con el plan financiero (propuesta tarifaria que permite alcanzar las metas), la empresa sólo ha enviado al regulador el primero. Y ello ha molestado a la SUNASS, pues así es imposible que los dos planes sean aprobados antes de octubre, la fecha límite. Y es que el regulador necesita entre seis y nueve meses para aprobar las propuestas tarifarias. ¿Esta es su derecho SEDAPAL? Si, pues no existe en el reglamento de la Ley de Saneamiento, ningún tipo de cronograma o exigencia específica de cómo debe entregar sus planes. Con su actitud, la compañía sólo retrasa el proceso, pues una vez que la SUNASS entregue sus observaciones, tendrá que enviarle de todas maneras sus dos planes" (subrayados agregados).

⁶³ "Titular de Vivienda busca poner fin a enfrentamiento público: Ministro Bruce da "jalón de orejas a SUNASS y SEDAPAL: Reunirá a las partes esta semana con el fin de terminar con "guerrilla mediática"". Diario Perú 21. 19 de junio de 2005.

⁶⁴ "Congreso intervendrá: Disputa entre SUNASS y SEDAPAL genera bomba de tiempo para próximo gobierno". Diario Gestión. 22 de junio de 2005. En esta nota se señala lo siguiente: "El presidente de la Comisión de Vivienda y Saneamiento del Congreso, José Luis Risco, señaló que próximamente invitará a los directivos de SEDAPAL y SUNASS para tratar de resolver el problema surgido en torno al incremento de tarifas de agua potable. (...) Recordó que el problema generado es que mientras SEDAPAL cree haber dado toda la información necesaria para justificar el incremento de tarifas, SUNASS cree que falta información. Esta discrepancia puede generar una bomba de tiempo para el próximo gobierno dado que el Plan Estratégico a aprobarse durará hasta el año 2011", subrayó Risco a Gestión" (subrayado agregado).

plan maestro simplificado que unifique en un sólo documento el plan maestro y financiero⁶⁴.

Si bien la propuesta de la SUNASS fue vista con buenos ojos y posteriormente dio lugar a una modificación del Reglamento de la Ley de Saneamiento⁶⁵, ello no solucionaba la situación en que la había colocado SEDAPAL con su manejo de los flujos de información hacia el regulador, pues igual se encontraba retrasado en los plazos de aprobación de las fórmulas tarifarias. Por ello, la SUNASS no encontró otra opción que señalar que no iba a poder cumplir con los plazos previstos y, de acuerdo a lo dispuesto en la modificación del Reglamento de la Ley de Saneamiento, otorgó un plazo adicional de 60 días a SEDAPAL para que presente su plan maestro optimizado en sustitución del plan financiero⁶⁶.

Por otro lado, la fijación del Factor de Productividad en el ámbito de los servicios de telefonía fija y de larga distancia ofrece una muestra de utilización efectiva de **capacidades organizativas** por parte de una empresa⁶⁷. En mayo del 2004 OSIPTEL publicó su propuesta de Factor de Productividad para el período 2004-2007, planteando que el mismo fuera poco más del 10% para llamadas locales y renta básica (canasta D) y de poco menos del 8% para llamadas de larga distancia (canasta E)⁶⁸.

Como empresa sujeta a la aplicación del referido factor de productividad Telefónica del Perú S.A.A. procedió a oponerse a través de los canales formales existentes, por considerarlo sumamente elevado y un obstáculo para mayores inversiones en ampliación de su cobertura de red. En efecto, la empresa remitió sus comentarios en contra de la referida propuesta y, en su oportunidad, impugnó la resolución en la que OSIPTEL fijó definitivamente el factor de productividad del período⁶⁹. Pero además, Telefónica del Perú también hizo un gran despliegue de capacidad organizativa, para perfilar el ámbito del debate y definir los alcances de la interpretación en materia regulatoria. Producto de ello diversos agentes y líderes de opinión ya familiarizados con esta materia –que es de por sí bastante compleja– plantearon su posición a favor de la empresa, cuestionando el proceder del regulador, que según ellos había actuado bajo presiones políticas.

Así, por ejemplo, la Asociación de Empresas Peruanas de Servicios Públicos- ADEPSEP, señaló que el regulador había fijado el factor de productividad introduciendo un nuevo elemento no considerado en fijaciones tarifarias anteriores, lo cual respondía a presiones políticas y demandas de los usuarios. En tal sentido, dicha asociación afirmó que ello provocaría que las tarifas finales se reduzcan en una proporción muy grande, poniendo en riesgo la capacidad de la

⁶⁴ "La solución al conflicto: SUNASS aprobará de oficio metas de gestión y tarifas de empresas de agua". Diario El Comercio. 24 de junio de 2005. En este artículo se señala que: "La reunión que el lunes pasado sostuvieron los representantes de SEDAPAL, el Ministerio de Vivienda, la Asociación Nacional de Empresas Públicas de Saneamiento (Anepsa) y el ente regulador, SUNASS, habría sido fructífera. (...) todos salieron satisfechos con las promesas realizadas por el regulador. Por su parte, al día siguiente de la reunión, al SUNASS cumplió con su palabra y les envió al resto de participantes sus tres propuestas para salir del problema que han tenido las empresas para presentar sus planes maestro y financiero. De acuerdo con el contenido de la carta enviada por el regulador (...) se facultará a la SUNASS a iniciar procesos de fijación tarifaria de oficio en aquellos casos en los que las empresas no cumplan con los plazos establecidos. Así, será la SUNASS la que defina las metas de gestión y los incrementos tarifarios de las incumplidas (...). Para realizar los procesos de fijación tarifaria de dichas empresas, la SUNASS usará el mecanismo del plan maestro optimizado simplificado (...). Dicho mecanismo consiste básicamente en unificar en uno solo los planes maestro y financiero" (subrayado agregado).

⁶⁵ La referida modificación se introdujo a través del Decreto Supremo 016-2005-VIVIENDA.

"Artículo 96.- La Superintendencia definirá y aprobará la fórmula tarifaria que corresponde a cada EPS, para cada quinquenio, en función al Plan Maestro Optimizado que presenten las EPS, de conformidad con la directiva que para tal efecto se encuentre vigente. Excepcionalmente, en caso las EPS no cumplan con presentar su Plan Maestro Optimizado dentro de los plazos establecidos para tal fin, la Superintendencia podrá establecer la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión de oficio, de acuerdo con la directiva que para tal efecto apruebe".

⁶⁶ En un artículo periodístico se indica lo siguiente: "El gerente de regulación tarifaria de la SUNASS, Bruno Bustamante, informó que en vista de que SEDAPAL no cumplió con presentar a ese ente regulador un estudio completo que sustente una nueva tarifa para el servicio de agua potable en Lima, la fijación de la tarifa se tendrá que postergar más allá de octubre, fecha límite para culminar ese proceso Regulatorio. Cabe recordar que el viceministro de Saneamiento, Jorge Villacorta, había dicho que SEDAPAL había planteado un alza en sus tarifas entre 32% y 41% para los usuarios domésticos, y que eso estaba sustentado en su plan maestro presentado a la SUNASS. No obstante Bustamante señaló ayer a Gestión que el documento denominado plan maestro que recibió de parte de SEDAPAL está incompleto, porque si bien contiene la relación de inversiones que proyecta la empresa en el próximo quinquenio, no indica cómo se van a financiar las inversiones, lo que es lo más importante, a lo que sumó que nunca presentó tampoco su plan financiero. (...) Pero ante el inminente cambio en el reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento para unificar el Plan Maestro y el Plan Financiero en el Plan Maestro Optimizado, refirió que SUNASS otorgará un plazo de 60 días para que SEDAPAL presente su Plan Maestro Optimizado en lugar de su Plan Financiero" (subrayados agregados). "SUNASS otorga 60 días a SEDAPAL para presentar estudios de nuevas tarifas". Diario Gestión. 27 de julio de 2005.

⁶⁷ En aras de simplificar, el factor de productividad se utiliza como mecanismo para promover mejoras en la eficiencia de la empresa cuyas tarifas se regulan. El mencionado factor funciona como un porcentaje en que deben reducirse las tarifas de determinados servicios públicos de telecomunicaciones en un período establecido. De esta forma, la empresa proveedora debe tratar de reducir sus costos al menos hasta el nivel del factor de productividad y si los reduce en una proporción mayor, este ahorro se queda para la empresa. En tal sentido el factor de productividad promueve eficiencia ya que premia a las empresas que logran mayores ahorros de costos reconociéndoselos como una ganancia.

⁶⁸ Resolución 042-2004-CD/OSIPTEL. Proyecto de Resolución que establezca el valor del "Factor de Productividad Trimestral", aplicable en contratos de concesión de los que es titular Telefónica del Perú S.A.A., publicada en el Diario El Peruano el 15 de mayo de 2004.

⁶⁹ Resolución 060-2004-CD/OSIPTEL. Establece valor del "Factor de Productividad Trimestral", aplicable al Sistema de Fórmula de Tarifas Tope establecido en los contratos de concesión de los que es titular la empresa Telefónica del Perú S.A.A. publicada en el Diario El Peruano el 21 de julio de 2004.

empresa para invertir en ampliación de la cobertura de servicios, en un país con baja densidad telefónica como el Perú⁷⁰. De otro lado, reconocidos economistas—miembros algunos de importantes firmas consultoras— también presentaron una opinión similar, afirmando que parecía que OSIPTEL carecía de independencia pues había determinado el factor de productividad introduciendo un elemento nuevo dentro del modelo —el factor M— que no se había utilizado previamente, ello con el único objetivo de bajar las tarifas respondiendo a presiones políticas y de la opinión pública⁷¹. En cierto caso, incluso se planteó que el propio Ministro de Economía había expresado opinión favorable a la posición de Telefónica del Perú, pues habría manifestado que el factor fijado era muy alto y debía reconsiderarse⁷².

Otro caso de ejercicio de **capacidades organizativas** se produjo también en el mercado de telecomunicaciones, pero esta vez en el ámbito de los servicios móviles. Desde los inicios del mercado de telefonía móvil los cargos por terminación de llamadas en redes móviles se habían venido fijando a través de la libre negociación entre las partes. En junio del 2003 Nextel del Perú S.A. solicitó al OSIPTEL que regule dicho cargo, debido a que el mismo era bastante elevado en comparación con los cargos existentes en la región,

pero luego de la evaluación correspondiente el regulador descartó el pedido de Nextel⁷³. No obstante, en julio del 2004 el OSIPTEL decidió iniciar un procedimiento de oficio para revisar el valor de los cargos antes referidos y determinar si correspondía regularlos⁷⁴.

Además de la complejidad de las materias que debían ser analizadas, este proceso estaba sujeto a plazos específicos y a varios requisitos, incluyendo la publicación de un proyecto para recibir comentarios así como la realización de audiencias públicas⁷⁵. No obstante, Nextel buscaba que los cargos se fijaran rápidamente. En su intento esta empresa desplegó notorias capacidades organizativas para tratar de acelerar la toma de decisiones en el proceso regulatorio y presionar al regulador por diversos flancos. Por ejemplo, Nextel aprovechó su condición de empresa norteamericana para reclamar ante la Oficina del Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) por inequidad en el sistema regulatorio peruano de telefonía móvil⁷⁶. Asimismo, pese a haberse interesado inicialmente en el proceso de licitación de la cuarta banda de telefonía móvil que estaba llevando a cabo el MTC, posteriormente Nextel dio marcha atrás y culpó de su desánimo a la demora de OSIPTEL para fijar el cargo de terminación⁷⁷.

⁷⁰ En un artículo periodístico de esa época se señalaba lo siguiente: “La Asociación de Empresas Peruanas de Servicios Públicos (Adepsep) afirmó que el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), fijó el valor del nuevo factor de productividad (FP) por presiones políticas y demandas de los usuarios. Al respecto el presidente de la Adepsep (...) señaló que hubo otros factores que se incluyeron en el cálculo del valor del nuevo FP, que arrojaron un coeficiente alto de productividad (de la empresa) y que podría llevar a bajar las tarifas en un nivel muy elevado. Comentó que si bien esto sería de total satisfacción para los usuarios, el país es deficitario en servicios de telecomunicaciones, a pesar de que se ha mejorado, porque hay un porcentaje bajo de densidad telefónica, lo que puede mejorar con una mayor inversión, “pero ésta se puede retraer cuando no hay un equilibrio en la rentabilidad de la empresa”. (...) Refirió que concretamente de la fijación del nuevo FP, OSIPTEL habría calculado el nuevo valor introduciendo elementos nuevos, que no se emplearon en la definición del anterior factor, “lo cual es totalmente inadecuado” (subrayados agregados). “Adepsep acusa a OSIPTEL de falta de transparencia en determinación de factor de productividad”. Diario Gestión. 28 de mayo de 2004.

⁷¹ Una nota periodística presentaba las opiniones que se habrían vertido: “La actuación de OSIPTEL frente al tema de la fijación del factor de productividad—concepto que determina en qué porcentaje deben reducirse anualmente las tarifas en telefonía fija, local y larga distancia— parece demostrar una falta de independencia frente a las presiones, opinaron los economistas Pablo Secada y Gianfranco Castagnola. “El regulador parece estar bajo una suerte de presión política y esto podría estar llevándolo a tener como objetivo principal bajar las tarifas” dijo Castagnola, agregando que la inclusión del “factor M” (una variable que simula competencia en el sector) significa que OSIPTEL quiere regular la tasa de retorno de la empresa cuando, según la legislación actual, esto no está sujeto a regulación. (...) Secada, por su parte, consideró que “el regulador ha demostrado que no es independiente, ni del poder político ni de la opinión pública” (subrayados agregados). “OSIPTEL actuaría bajo presión”. Diario Correo. 26 de junio de 2004.

⁷² En una columna de opinión, el Congresista Javier Diez Canseco afirmó lo siguiente: “En setiembre debe aplicarse un nuevo factor, que OSIPTEL calcula en 10.38% para llamadas locales y renta básica y 7.87% para larga distancia nacional e internacional. Telefónica no quiere oír de reducir tarifas y ha iniciado una feroz campaña en la prensa para que el nuevo factor sea apenas 4% argumentando, falazmente, que OSIPTEL ha usado metodología errónea y que desincentivan inversiones. OSIPTEL se ha mantenido firme y no se ha dejado atropellar por Telefónica (...). Al ver que no pueden asustar a OSIPTEL, TELEFÓNICA está jugando sus últimas cartas de presión: El ministro de Economía y Finanzas (...) ya está declarando que el factor de productividad “es demasiado alto” y que necesita reconsiderarse (...)” (subrayados agregados). “Telefónica monopolista”. Diario La República. 20 de agosto de 2004.

⁷³ Resolución 048-2004-CD/OSIPTEL. Declaran infundada la solicitud de fijación de cargo único de terminación de llamada en las redes móviles presentada por la empresa Nextel del Perú, publicada en el Diario El Peruano de 04 de junio de 2004.

⁷⁴ Resolución 052-2004-CD/OSIPTEL. Inician Procedimiento de Oficio para la fijación del cargo o cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de servicios móviles de 04 de julio de 2004.

⁷⁵ Resolución 123-2003-CD/OSIPTEL. Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión de 25 de diciembre de 2003.

⁷⁶ “EEUU acoge preocupación de Nextel sobre tema regulatorio”. Diario Correo. 01 de abril de 2005; “Nextel presenta reclamo contra Perú en EE.UU.”. Diario Gestión, 01 de abril de 2005.

⁷⁷ En una nota periodística se señalaba lo siguiente: “Miguel Rivera, presidente ejecutivo de Nextel Perú, explicó que la falta de definición de lo que se cobra por terminación en redes móviles fue el motivo por el que no participaron en el proceso de concesión de la cuarta banda de telefonía celular, realizado el último miércoles. (...) “Queremos un resultado por parte del regulador. No debe haber mayores retrasos”, demandó” (subrayados agregados). “Se desanimó: Nextel se queja por costo de conexión”. Diario El Comercio, 01 de abril de 2005. En otro artículo periodístico se expresaba lo siguiente: “Al respecto, indicó que precisamente la falta del informe de OSIPTEL sobre el cargo de terminación tope en redes móviles orientado a costos para llamadas móvil a móvil en el Perú, fue la causa principal por la que Nextel del Perú no participó en la licitación pública de la cuarta banda móvil que se adjudicó el miércoles la empresa mexicana Sercotel” (subrayados agregados). “Nextel presenta reclamo contra Perú en EE.UU.”. Diario Gestión, 01 de abril de 2005.

Más aún, Nextel también utilizó sus capacidades organizativas para negarse a reducir sus precios al usuario final aduciendo que ello se debía a que el regulador no había fijado aún los cargos antes referidos. En efecto, esto sucedió con ocasión de las rebajas paulatinas que se estaban produciendo en los precios de las denominadas llamadas fijo-móvil. Al respecto, según el marco legal vigente, el precio de las llamadas de un teléfono fijo a un teléfono móvil es determinado por los operadores de telefonía móvil, es decir, por la empresa de la red de destino de la llamada⁷⁸.

Luego del estudio realizado entre el 2003 y el 2004, el OSIPTEL concluyó que no existían incentivos para la reducción del precio de las llamadas fijo-móvil, pues las únicas que podían decidir reducir los precios eran las empresas móviles y al no haber competencia en la terminación de llamadas en sus redes, no veían la necesidad de hacerlo. En tal sentido, era necesario adoptar alguna medida para que dichos precios se redujeran. No obstante, dado que se trataba de un mercado que no había estado sujeto a regulación de precios hasta ese momento, el regulador prefirió utilizar una herramienta indirecta para impulsar la reducción voluntaria por parte de las operadoras móviles. En efecto, el regulador planteó en qué niveles debían reducirse esos precios y señaló que si ello no se lograba en determinadas etapas procedería a intervenir en el mercado regulando las tarifas⁷⁹.

Las empresas móviles decidieron seguir la recomendación del regulador y fueron reduciendo paulatinamente los

precios de las llamadas fijo-móvil, sin embargo cuando llegó el momento de aplicar la última reducción, Nextel optó por no aplicarla pese a que las demás operadoras móviles sí lo hicieron. La razón que esgrimió fue que no podía reducir ese precio si OSIPTEL aún no fijaba el cargo por terminación de llamadas en redes móviles⁸⁰. Esta negativa de Nextel puso al regulador ante la difícil posición de tener que decidir si regulaba la tarifa o no, pues los otros operadores sí habían efectuado la reducción. La salida que finalmente encontró el OSIPTEL fue únicamente difundir el efecto que tenía sobre los usuarios la negativa de Nextel⁸¹.

Un ejemplo adicional correspondiente al sector de saneamiento evidencia muy gráficamente cómo la **riqueza** constituye un recurso de vital importancia y puede servir no sólo para dar capacidades regulatorias a los privados sino incluso, en el extremo, para otorgar a las empresas el poder de bloquear las capacidades del propio regulador.

Como es sabido, el marco legal peruano ha optado por el financiamiento de los organismos reguladores a través de ingresos recaudados por las empresas reguladas. En efecto, las empresas y entidades reguladas deben entregar como aporte por regulación un monto de hasta el 1% del valor de su facturación anual⁸². A comienzos del 2006, el directorio de SEDAPAL acordó suspender el pago del aporte por regulación a la SUNASS desde enero de dicho año, lo cual fue puesto en conocimiento del regulador. Ante ello, la SUNASS consideró necesario

⁷⁸ Resolución 005-96-CD/OSIPTEL de 26 de febrero de 1996, Sistema de Tarifas aplicable a las comunicaciones cursadas entre usuarios de los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil celular de 27 de febrero de 1996.

⁷⁹ OSIPTEL. "Regulación de las Llamadas Locales Fijo-Móvil". Documento de Trabajo. 2004. Las consideraciones finales de este documento señalaban: "En este contexto, la aplicación de la política de regulación que se ha sugerido para el caso de las llamadas fijo-móvil implica que OSIPTEL deberá intervenir en este mercado. Tomando en cuenta la dinámica que ha ido adquiriendo el mercado móvil peruano, el nivel de inversiones que se está realizando y el crecimiento que ha experimentado la penetración de los servicios móviles, y dado que es prioritario para el país que dicha penetración siga creciendo, sería recomendable que sean las propias empresas quienes ejecuten la reducción tarifaria planteada en este documento y se mantenga así el actual régimen tarifario. Esta forma de intervención puede ser calificada como un tipo de regulación por incentivos. Para OSIPTEL es prioritario que las tarifas fijo-móvil se reduzcan permanentemente en beneficio de los usuarios, siendo menos prioritario quién conduce el proceso de reducción. Si la tendencia actual de las tarifas fijo-móvil no se modifica en el corto plazo, y si a fines del mes de julio de 2004 las tarifas no se han reducido hasta 0,0067 dólares por segundo incluido IGV, entonces, OSIPTEL deberá intervenir con una regulación complementaria". Para mayor información ver: <http://www.OSIPTEL.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=2752&P=%2FOSIPTELDocs%2FGCC%2FNOTICIAS%5FPUBLICACIONES%2FPUBLICACIONES%2Ffijo%2DMovil%2Ehtm> (visitada el 22 de abril de 2006).

⁸⁰ Un artículo periodístico indicaba que: "Luego de conocerse la decisión de la empresa de telefonía celular y radio trunking, Nextel, de no proceder a la rebaja de 18% en la tarifa fijo-móvil que los operadores habían acordado realizar el 1 de agosto, para completar una rebaja total de 30% en un año, quedaron muchas dudas sobre las razones que tendría la empresa para tal negativa. El Diario La Primera tuvo acceso a la carta GL-669/05 que envió el mencionado operador al ente regulador de telefonía (...) "En la medida que aún no se ha implementado la fijación de un cargo tope de terminación de llamadas en redes móviles basado en costos, nos será imposible efectuar en la fecha prevista la tercera reducción tarifaria en el escenario fijo-móvil", indica la misiva. (...) "Nextel aceptó la propuesta de OSIPTEL de reducción voluntaria de las tarifas fijo-móvil en el entendido que la fijación a costos de los cargos de terminación en redes móviles se produciría a fines del 2004 o, a más tardar, en junio del 2005", agregó la carta" (subrayado agregado). "Nextel pide una tarifa por otra: No cumple con bajar la tarifa fijo-móvil porque no han bajado aún el cargo por terminación de llamadas". Diario La Primera. 09 de agosto de 2005.

⁸¹ En nota periodística se señaló lo siguiente: "La decisión de Nextel Perú de no reducir su tarifa fijo-móvil en agosto último, tal como estaba estipulado, podría hacer que OSIPTEL entre a regular la tarifa, pero poner en práctica esta alternativa demorará debido a que éste observa que las demás empresas sí cumplieron con su compromiso, informó Jaime Cárdenas, gerente general del Organismo Regulador. (...) "En este caso no hay una falta porque no se trata de ninguna norma, lo que se puede decir es que Nextel incumplió no con OSIPTEL sino con los usuarios. En este momento evaluamos qué medida se puede adoptar y lo importante es que el usuario conozca que llamar a números de esta empresa resulta más caro", comentó" (subrayado agregado). "Nextel no cumplió con medidas: Empresa no redujo su tarifa fijo-móvil en agosto. OSIPTEL podría entrar a regular el mercado". Diario La República. 29 de agosto de 2005.

⁸² Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de Inversión Privada en Servicios Públicos.

"Artículo 10.- Aporte por regulación. Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas".

emitir un comunicado a la opinión pública informando sobre la gravedad de la situación pues la negativa de pago de SEDAPAL no sólo constituía incumplimiento de una obligación legal, sino que ponía en riesgo el cumplimiento de las funciones que tenía encomendadas el regulador en tanto que este aporte representaba aproximadamente el 70% de sus ingresos⁸³.

Las razones de la empresa para suspender el pago del referido aporte estaban relacionadas con la falta de recursos derivada, entre otros, de que la SUNASS no hubiera aprobado aún el incremento tarifario solicitado. Lo crítico de la situación y los cuestionamientos planteados contra el proceder de SEDAPAL dieron lugar a una rápida intervención del Fondo de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE, que informó que estaba haciendo una transferencia de recursos a la referida empresa para que financie sus proyectos y que con ese dinero podría cumplir con efectuar el aporte por regulación que adeudaba a la SUNASS. El mismo presidente del Consejo de Ministros señaló que SEDAPAL cumpliría en los próximos días con su obligación frente al regulador⁸⁴.

Al respecto, cabe mencionar que tanto la titular del FONAFE como el presidente del Consejo de Ministros trataron de minimizar lo ocurrido indicando, respectivamente, que la falta de pago del aporte no se debía a un problema personal entre ambas entidades sino a la falta de liquidez de la empresa, y que el retraso sólo había sido de un mes por lo que no era tan grave. Lo cierto en todo caso es que estos hechos fueron la culminación de una larga pugna entre regulador y empresa regulada, y que de haberse extendido la falta de pago del aporte la capacidad regulatoria de la SUNASS se habría visto seriamente afectada.

Finalmente, un quinto ejemplo, del sector eléctrico esta vez, muestra cómo el uso conjunto de **información y riqueza** otorgaron suficiente poder a la empresa generadora estatal más grande del país para seguir sus propias reglas, apartándose de la línea regulatoria diseñada por el propio Estado para enfrentar la crisis ocasionada por la escasez de agua que sufrió el sistema

eléctrico peruano en el año 2004; comportamiento que fue abiertamente criticado por el regulador, pero respecto del cual reconoció que no tenía capacidades para actuar.

La producción de energía eléctrica en el Perú depende en gran medida de la generación hidráulica. Desde fines del año 2003 hubo una escasez de lluvias que dio lugar a la sequía más severa registrada en los últimos 10 años. Esta sequía obligó a que se tuviera que producir energía con otras fuentes más costosas. Como consecuencia de ello, los precios de la energía en el mercado *spot* se incrementaron notoriamente en el 2004, alejándose de las tarifas reguladas por OSINERG para la venta de energía de generadores a distribuidores para el servicio público de electricidad⁸⁵.

Derivado de esta situación, la renovación de contratos entre generadoras y distribuidoras quedó en riesgo, pues las primeras preferían no comprometerse a vender a un precio regulado bajo cuando podían esperar que las distribuidoras sin contrato fueran al mercado *spot* y venderles en ese momento a un precio mayor. Esto fue efectivamente lo que ocurrió, pues desde inicios del 2004 las empresas distribuidoras comenzaron a hacer retiros del sistema sin contar con contratos de respaldo, con lo cual en principio debían pagar el precio *spot* por sus retiros de energía.

Frente a estos hechos, en julio de 2004 el gobierno emitió un decreto de urgencia por el cual dispuso que las empresas generadoras del Estado asumieran los retiros de energía sin contrato que se produjeran entre julio y diciembre de 2004⁸⁶. Posteriormente, se emitió la Ley 28447 a través de la cual se dispuso que los retiros de energía del sistema por empresas distribuidoras sin contratos fueran asumidos por todos los generadores a los precios regulados por OSINERG, hasta finalizar el año 2007⁸⁷.

Si bien la aplicación de las referidas normas parecía haber dado solución al problema, la situación volvió a complicarse cuando desde inicios del 2006 Electro Perú S.A. decidió no renovar el contrato que tenía con cuatro

⁸³ "SUNASS-Comunicado: SEDAPAL suspende pago del aporte por regulación". Diario Correo. 17 de febrero de 2006.

⁸⁴ "SEDAPAL podrá pagarle a SUNASS con la transferencia de fondos del Fonafe". Diario El Comercio. 22 de febrero de 2006. "Fonafe apaga el fuego entre SEDAPAL y SUNASS". Diario La República. 24 de febrero de 2006. "PPK confirma que SEDAPAL cumplirá pago". Diario Perú 21. 26 de febrero de 2006.

⁸⁵ Las empresas distribuidoras de electricidad están obligadas a tener contratos de suministro de energía con generadores por 24 meses adelantados para asegurar el suministro del servicio público de electricidad. OSINERG fija la tarifa aplicable a las ventas de energía a través de estos contratos. El mercado *spot* es aquel que corresponde a las transferencias de energía entre generadores, derivadas de las ventas que se hacen entre ellos cuando alguno vende más energía de la que produce y tiene que compensar a aquel que la proveyó al sistema. Este mercado fija sus precios en función al costo marginal de la última central eléctrica que despacho energía al sistema, es decir, el de la más costosa. Si el precio del mercado *spot* sufre incrementos importantes, puede resultar mucho más rentable vender la energía en este mercado que a través de los contratos que tienen un precio regulado por el OSINERG.

⁸⁶ Decreto de Urgencia 007-2004. Resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la existencia de empresas concesionarias de distribución sin contratos de suministro de electricidad.

⁸⁷ Ley 28447. Ley que modifica la Ley de Concesiones Eléctricas. Esta norma dejó sin efecto el Decreto de Urgencia 007-2004.

empresas distribuidoras estatales (el Grupo Distriluz) y luego manifestó que tampoco renovarían el contrato con Luz del Sur S.A.A. que estaba próximo a vencerse. Esta decisión se debía a un pronóstico de sequía y, por ende, de menor generación hidráulica, con lo cual si Electro Perú contratara nuevamente tendría que vender al precio regulado pero teniendo que comprar en el mercado spot la energía que no llega a producir. A fin de evitar esto, esta empresa habría decidido dejar sin contrato a esas distribuidoras para que los retiros que efectúen sean asumidos por todos los generadores y no solamente por ella⁸⁸.

En principio, la decisión de Electro Perú parece razonable desde la perspectiva de cuidar la rentabilidad de la empresa; pero también puede resultar paradójica si se considera que se trata no solamente de la generadora más grande del país, sino especialmente de una empresa estatal. Es decir, en vez de ir en sintonía con las medidas adoptadas por el Estado para afrontar una crisis como la existente en el 2004, la empresa estatal decidió actuar de forma independiente y privilegiar sus intereses comerciales, pese a que con ello revivía una situación de crisis.

La reacción del OSINERG no se hizo esperar, pues señaló que no podía asegurarse que el 2006 fuera a ser un año de sequía y, en tal sentido, criticó la incertidumbre que estaba generando Electro Perú en el mercado al no renovar los contratos. No obstante, reconoció que el regulador no podía intervenir en materia de contratos

de venta de energía, pues se trataba de un aspecto sujeto a la libre negociación⁸⁹.

Todos los casos previamente comentados son evidencia tangible de que los recursos clave para el proceso regulatorio no se encuentran centralizados en manos del regulador, sino que también son poseídos por agentes no estatales, en virtud de los cuales detentan importantes capacidades regulatorias.

2. El COES: ¿regulador privado apoyado por el Estado?

La posesión de recursos clave para el proceso regulatorio por parte de empresas privadas ha sido explícitamente reconocida por el diseño regulatorio del sector eléctrico. Dados los recursos clave –particularmente capacidades organizativas e información– que poseen algunas empresas de este mercado ha dado lugar a que el diseño regulatorio les reconozca un papel principal en la operación del sistema.

En efecto, la regulación eléctrica creó el Comité de Operación Económica del Sistema-COES, como entidad conformada por generadores y transmisores, y encargada de la operación física de despacho de energía al mínimo costo y de la operación económica del mercado de transferencias de energía entre generadores. El marco legal no sólo le atribuye facultades para establecer reglas obligatorias para sus integrantes y fiscalizar su cumplimiento⁹⁰, sino que

⁸⁸ En un artículo periodístico se señalaba al respecto: "La falta de contratos en que incurrirían las empresas distribuidoras de electricidad para comprar energía podría generar una nueva crisis en el sector eléctrico similar a la afrontada hace dos años. Electro-Perú decidió no renovar los contratos de suministro eléctrico a las empresas de distribución Hidrandina, Electronoroeste, Electrocentro y Electronorte, y a ellos se sumaría la no renovación, por parte del mismo generador, a Luz del Sur, cuyo contrato vence en octubre. (...) ¿Por qué Electro-Perú no quiere renovar contrato con las distribuidoras? Según Gutiérrez, el precio del mercado marginal está subiendo en los últimos meses por encima del precio regulado. Entre las razones de este incremento se encuentra la escasez de agua (...) Lo que significaría que electro-Perú no querría asumir riesgos y esté trasladando la factura a los demás operadores del sector". "Desacuerdo entre operadores genera crisis en sector eléctrico". Diario El Comercio. 01 de marzo de 2006.

De otro lado, en una entrevista publicada en el diario El Comercio el gerente general de Luz del Sur expresó lo siguiente: "En el 2004 todos los operadores se reunieron en la Comisión Pro Inversión del Congreso para ver como manejábamos esta crisis hasta el 2008. Hubo acuerdos que firmaron todos los operadores. (...) Todos se han cumplido hasta ahora, el único que ha decidido incumplir es Electro-Perú. (...) cuando ocurre una situación de escasez de agua como la que ahora se cree que habrá, despachan a precios sumamente altos, con lo cual el precio spot (...) se va a las nubes y es mucho mayor que el precio regulado (para las distribuidoras). Esa gran diferencia hace que todos los operadores prefieran vender a precios spot. Ese es el caso de Electro-Perú que ha decidido jugar a la especulación". "Se hizo lobbies en el Congreso". Diario El Comercio. 08 de marzo de 2006.

⁸⁹ En un artículo periodístico se glosaron las siguientes opiniones de altos funcionarios del OSINERG: "La situación de los contratos entre las generadoras y distribuidores eléctricos se agrava, particularmente en el caso que involucra a Electroperú. (...) Es así que ahora el presidente de OSINERG, Alfredo Dammert, sostiene que Electroperú está creando incertidumbre en las empresas del sistema eléctrico, al negarse a renovar contratos con las empresas distribuidoras (...) En opinión de Dammert, Electroperú, en su análisis, considera que, a pesar del actual período de lluvias, posteriormente (en lo que resta del 2006) se va a volver un año seco, lo cual constituye su reocupación. (...) Sobre este último tema, el gerente general de OSINERG, Edwin Quintanilla, señaló a Gestión, que hay que distinguir los problemas. (...) Sobre el problema contractual existente, Quintanilla consideró que las negociaciones son entre generadores y distribuidores, en las cuales no interviene OSINERG. (...) En todo caso para Quintanilla nadie puede asegurar si este año será seco". "OSINERG: Electroperú crea incertidumbre al no renovar contratos". Diario Gestión. 13 de marzo de 2006.

⁹⁰ Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

"Artículo 39.- Los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión, cuyas instalaciones se encuentren interconectadas conformarán un organismo técnico denominado Comité de Operación Económica del Sistema (COES) con la finalidad de coordinar su operación al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Para tal efecto, la operación de las centrales de generación y de los sistemas de transmisión se sujetarán a las disposiciones de este Comité".

Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

"Artículo 83.- Las disposiciones de coordinación que, en virtud de la Ley y el Reglamento emita el COES, serán de cumplimiento obligatorio para todos sus integrantes, tanto para sus propias unidades como para aquellas unidades que tenga contratadas con terceros".

"Artículo 92.- La operación en tiempo real de las unidades generadoras, de los sistemas de transmisión, de distribución y de los clientes libres de un sistema interconectado, será efectuada directamente por sus titulares, bajo su propia responsabilidad. Para los alcances del presente Artículo, en los sistemas interconectados donde exista un COES, dicha operación se hará ciñéndose a los programas establecidos por la Dirección de Operaciones [del COES], siendo de cumplimiento obligatorio para todos los integrantes del sistema. Entiéndase por "Integrante del Sistema" a las entidades que conforman un COES, a los distribuidores, a los clientes libres a los generadores no integrantes de un COES".

además le garantiza el apoyo de la capacidad coercitiva del Estado para castigar las desviaciones a dichas reglas⁹¹.

Si bien es claro que el marco legal reconoce las capacidades regulatorias de dichos agentes privados, también lo es el hecho de que recientemente se ha planteado un ambicioso proyecto de modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas que incluye entre otros una nueva conformación del COES. Esto no significa un retroceso en el principio básico de reconocer las capacidades regulatorias que poseen los privados en este mercado, pues según el referido proyecto el COES sigue siendo una entidad conformada por privados, aunque ya no sólo incluye generadores y transmisores sino también distribuidores y clientes libres. Pero sí indica que se ha considerado necesario incluir al Estado, a través del OSINERG, como participante adicional. Además, el proyecto otorga igual peso específico a todos los participantes, pues crea un directorio de 5 miembros designados vía concurso público de méritos en representación de cada uno de grupos de empresas o usuarios miembros así como por el OSINERG⁹².

La idea del MEM al proponer esta nueva estructura del COES habría sido dotarlo de mayor independencia al dejar de lado la conformación sólo por generadores y transmisores e introducir con igual peso a otros agentes⁹³. La propuesta no ha dejado de tener detractores, como por ejemplo aquellos que advertían sobre los riesgos de incluir dentro del COES intereses de agentes que no están directamente vinculados con la industria eléctrica, como los clientes libres⁹⁴.

Más allá de cualquier juicio valorativo sobre la bondad o no de la propuesta, lo interesante es que indica cierta desconfianza hacia la conformación previa del COES que sólo incluía a generadores y transmisores. Asimismo, evidencia la convicción sobre la necesidad de mayor control por parte del Estado sobre una entidad previamente manejada casi totalmente por las empresas.

Tal vez esto también sea manifestación de los nuevos tiempos en que parte importante de los miembros del COES han dejado de ser empresas públicas, a raíz de los procesos de privatización y concesión.

3. A manera de resumen

Los casos expuestos previamente demuestran que recursos clave tales como la capacidad organizativa, la información y la riqueza –cuya posesión otorga capacidades regulatorias– se encuentran dispersos en distintas manos no estatales, principalmente las empresas reguladas.

La posesión de tales recursos otorga a las empresas cierto grado de autoridad “informal” en el ámbito regulatorio, pues les permite, entre otros: (i) perfilar el ámbito y alcances del debate, o definir los criterios de interpretación, como parecería indicar la campaña de Telefónica del Perú contra el factor de productividad aplicable a llamadas locales y de larga distancia; (ii) priorizar temas dentro de la agenda reguladora o generar demanda por nuevas decisiones del regulador, como evidenciarían las medidas adoptadas por Nextel para que el regulador fije los cargos de terminación en redes móviles; (iii) conducir al regulador a adoptar decisiones sin todos los elementos de juicio necesarios, como podría haber ocurrido con la aprobación de fórmulas tarifarias de servicios de saneamiento debido a que SEDAPAL entregó su plan maestro sin incluir información financiera; (iv) desviarse de los designios del regulador, como habría sucedido con la decisión de Electro Perú de no renovar contratos de venta de energía a distribuidores eléctricos; o incluso (v) bloquear las capacidades del regulador, como podría haber ocurrido debido a la suspensión del pago del aporte por regulación por parte de SEDAPAL.

Estos recursos no se encuentran únicamente en manos de empresas dominantes, sino que todas los poseen

⁹¹ Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

“Artículo 201.- El OSINERG sancionará a los concesionarios (...) en los siguientes casos según corresponda: (...); c) Por incumplimiento de sus obligaciones como integrante de un sistema interconectado, referidas a: (...); ii) Operar sus unidades generadoras y sistemas de transmisión sin sujeción a lo dispuesto por el Coordinador de la Operación del Sistema; (...); iv) El incumplimiento de cualquier otra disposición vinculada a la operación que emita el COES y/o el coordinador de la Operación del Sistema; v) No efectuar los pagos por Transferencias y Compensaciones dispuestas por el COES. (...)”.

⁹² Proyecto de ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica. Para mayor detalle ver: <http://www.minem.gob.pe/archivos/dge/legislacion/proyectoley/Volumen1.pdf> (visitada el 29 de abril de 2006).

⁹³ “MEM busca mayor competencia en generación eléctrica mediante licitación de energía. También plantea incluir en el COES a distribuidores y clientes libres”. Diario Gestión 15 de abril de 2005. En este artículo se señala que: “La inclusión de representantes de los distribuidores y clientes libres en el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES), en tanto se reestructura la composición de dicho ente a fin de contar con un Operador Independiente y planificar la transmisión eléctrica, figura entre las principales propuestas para la modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas. Así lo hizo saber el viceministro de Energía (...)”.

⁹⁴ Por ejemplo, puede citarse la posición que tenía Electro Perú: “El presidente de Electroperú expresó su desacuerdo con que en el proyecto para modificar la Ley de Concesiones Eléctricas se haya planteado introducir cambios en la conformación del Comité de Operaciones del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (COES-SINAC), que actualmente agrupa a las empresas generadoras de energía. (...) Recordó que las funciones del COES son, además de programar el despacho diario de energía, así como las transacciones de esta, calcular las tarifas de generación y proponerlas a OSINERG. “En la medida en que no se vuelva el COES una lucha de sindicatos (esta bien)”, anotó, y explicó que si se pone a un delegado del Defensor del Pueblo en ese comité, a otro de los usuarios, y a otro de las empresas, nunca se podrán de acuerdo, y nunca podrán hacer un análisis técnico y adecuado”. “Electroperú cuestiona proyecto para modificar ley de concesiones eléctricas: Rechazan incluir a usuarios en COES”. Diario Gestión. 30 de junio de 2005.

en distinto grado, como indica el ejemplo de Nextel en el ámbito de los servicios de telefonía móvil. Asimismo, tales recursos tampoco se concentran en las empresas privadas, sino que también son detentados por empresas estatales, como evidencia el caso de Electro Perú en el sector eléctrico.

C. Nuevos roles y participantes

No sólo los recursos regulatorios clave se encuentran en manos no estatales, como ya se ha visto, sino que además entidades que tradicionalmente cumplen otras funciones adquieren nuevos roles que les permiten ejercer capacidades regulatorias, incorporándose de esta manera como actores del Espacio Regulatorio.

1. Tribunal Constitucional: ¿estrenando una faceta de control?

Usualmente, el Tribunal Constitucional cumple una función revisora de última instancia de las decisiones de los entes administrativos que infringen los derechos garantizados por la Constitución. Pero más recientemente, esta instancia de revisión ha adoptado una nueva faceta como interlocutor del proceso regulatorio y controlador de los actos del regulador que pudieran afectar a los usuarios y consumidores.

Al respecto, puede señalarse como caso emblemático el de la acción de amparo planteada por Leyler Torres del Águila como usuaria del servicio de telefonía móvil. La referida usuaria adquirió un teléfono celular y pese a que el mismo no funcionó por aproximadamente tres meses (diciembre de 2001 y enero a febrero de 2002) la empresa continuó emitiendo los recibos de dichos meses. Por tal razón la usuaria presentó el reclamo correspondiente y la empresa lo declaró procedente por lo que ajustó y redujo el monto de la deuda vencida.

Considerando que no debía pagar por ningún concepto durante los meses en que el equipo no funcionó, la

usuaria apeló ante el OSIPTEL y éste declaró infundado el recurso considerando que el agravio causado ya había cesado cuando la empresa declaró procedente su reclamo y dispuso la reducción de la deuda⁹⁵. Descontenta con esta decisión, la usuaria presentó una acción de amparo ante el Poder Judicial, siendo desestimada en las dos instancias. Ante ello, presentó un recurso extraordinario de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional señaló que OSIPTEL había convalidado la existencia de una deuda pese a conocer que la empresa de telefonía móvil no había prestado el servicio. En tal sentido, evaluó si el regulador estaba llamado constitucionalmente a realizar algún tipo de labor como mediador entre empresas reguladas y usuarios y, de ser así, si la forma en que había actuado OSIPTEL violentaba algún derecho constitucional. Luego del análisis respectivo, el Tribunal Constitucional entendió que el regulador tenía un “deber especial de protección” de los derechos fundamentales de los usuarios, siendo una forma de cumplir con ese deber impedir que las empresas proveedoras abusen de los derechos que puedan derivarse de la suscripción de contratos para la prestación del servicio público en cuestión. En tal sentido, el Tribunal concluyó que OSIPTEL no había cumplido adecuadamente con el referido deber, al convalidar una deuda pese a que no se hizo efectivo el servicio por causas imputables a la empresa proveedora. Como consecuencia de ello ordenó que OSIPTEL y la empresa operadora paguen una indemnización a la usuaria⁹⁶.

Este pronunciamiento no sólo fue comentado en la prensa como una sentencia sin precedentes en defensa de los usuarios y que castigaba ejemplarmente al regulador⁹⁷, sino que también fue presentado por uno de los miembros del Tribunal Constitucional como manifestación de una nueva corriente sancionadora que surgía para la defensa de los usuarios y como un jalón de orejas para el regulador por haber permitido que el caso llegue hasta esa instancia⁹⁸.

⁹⁵ Resolución 1 de fecha 18 de junio de 2002. Expediente 3901-2002TRASU7GUS7RA (Leyler Torres del Águila contra Telefónica Móviles S.A.C.).

⁹⁶ Sentencia de fecha 24 de marzo de 2004. Expediente 0858-2003-AA/TC. En esta sentencia se señaló lo siguiente: “En el ámbito de la prestación del servicio público de telefonía, el genérico deber especial de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, está en manos de OSIPTEL. (...) Una de las maneras de cumplir ese deber especial de protección es impidiendo que los agentes económicos dedicados a la prestación del servicio público de telefonía abusen de los derechos que se puedan derivar de la suscripción de contratos para la prestación de este servicio público y, muy particularmente, del contenido desproporcionado de ciertas cláusulas de contratación que en ese ámbito se insertan en tales contratos. (...) A juicio del Tribunal Constitucional, precisamente en el incumplimiento de ese deber especial de protección ha caído OSIPTEL en el caso de la recurrente. Y es que no se puede decir que haya cumplido adecuadamente su deber especial de protección de los derechos e intereses de la usuaria, cuando por una situación enteramente imputable a la empresa prestadora del servicio público de telefonía – no brindar en óptimas condiciones el teléfono celular-, ha convalidado la existencia de una deuda que, aunque reducida, jamás se debió aceptar, precisamente por no haberse hecho efectivo servicio público alguno”.

⁹⁷ “En una sentencia sin precedentes contra el abuso de la empresa y la inoperancia del organismo público, TC ordena a Telefónica y OSIPTEL indemnizar a cliente maltratada”. Diario La República. 11 de abril de 2004. “Sancionan a Telefónica y OSIPTEL por agraviar a usuario: Mientras la primera cobró por un servicio de telefonía que nunca prestó, la segunda aceptó que el agravado poseía una deuda” Diario Liberación. 12 de abril de 2004.

⁹⁸ “Tribunal falla en contra de OSIPTEL y Telefónica: “Nueva corriente sancionadora surge para la defensa de los consumidores”, dice magistrado”. Diario Correo. 11 de abril de 2004. En esta nota periodística se incluyen las siguientes declaraciones que habría emitido uno de los miembros del Tribunal Constitucional: “Esta es la primera vez que el TC sanciona a Telefónica y OSIPTEL y aunque la multa no es muy alta para ellos, la importancia de este caso es que es una nueva corriente sancionadora que surge para la defensa de los usuarios”, dijo a Correo el magistrado Víctor García Toma. (...) “Este fallo es un jalón de orejas sobre todo para OSIPTEL, porque es un caso que nunca debió llegar al TC, sino solucionarse por la vía administrativa”, agregó García Toma (subrayados agregados).

Como se advierte, la intervención del Tribunal Constitucional somete al regulador a una nueva forma de rendición de cuentas y que cuenta incluso con vías de sanción efectiva de comportamientos considerados inadmisibles por dicha instancia de revisión.

2. Defensoría del Pueblo: ¿el nuevo censor?

En los últimos tiempos, la Defensoría del Pueblo se ha convertido en un participante muy activo del Espacio Regulatorio en todas las industrias de red. Sustentándose en su atribución de vigilar los derechos constitucionalmente reconocidos a los usuarios de servicios públicos, la Defensoría ha elaborado diversos estudios relacionados con el funcionamiento de la regulación en varios sectores⁹⁹. Como parte de sus labores en este ámbito, la Defensoría ha pasado a ser un censor de las decisiones de los reguladores y ha buscado plantear recomendaciones de política regulatoria a los Ministerios correspondientes.

Por ejemplo, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, la Defensoría emitió diversas opiniones en los medios de prensa sobre aspectos relacionados con la fusión entre Telefónica Móviles y Bellsouth. En primer lugar, señaló que la implementación de la portabilidad numérica era esencial para garantizar una mayor competencia en el mercado, por lo que recomendó al MTC la conveniencia de tomar una decisión al respecto en el corto plazo¹⁰⁰. Asimismo, manifestó que no sería conveniente que el MTC permita la fusión total de dichas empresas y que más bien se debía evitar una concentración pues ello alejaría a nuevas empresas de entrar al mercado¹⁰¹. También planteó su opinión sobre la necesidad de llevar a cabo en breve plazo el concurso para otorgar la banda de espectro radioeléctrico que devolvería Bellsouth, para permitir el ingreso de un nuevo operador y promover mayor competencia; además cuestionó que el MTC hubiera decidido que la devolución de la banda de Bellsouth se produjera en 24 meses cuando debió ser en un año¹⁰².

De otro lado, la Defensoría también ha asumido posiciones distintas u opuestas a la del regulador. Así, cuando OSIPTEL publicó su proyecto de listado

enunciativo de información que, de acuerdo con la experiencia ganada, debía ser considerada reservada o pública sin necesidad de un pronunciamiento expreso del regulador en cada caso particular¹⁰³, si bien la Defensoría reconoció que era positivo que los criterios tenidos en cuenta se difundieran, cuestionó que algunos rubros de información hayan sido considerados reservados pues no encontraba razón para ello¹⁰⁴.

De forma similar, la Defensoría planteó una opinión distinta a la del regulador sobre la forma de resolver el problema de la fijación de las tarifas de agua potable para el período 2006-2010. En este caso, la Defensoría manifestó que según el estudio que habían elaborado la solución no era el incremento de tarifas exigido por las empresas prestadoras, sino la eliminación de los subsidios, ya que las empresas estaban cobrando menos de lo que realmente les costaba brindar el servicio. La posición del regulador coincidía en que no era necesario el incremento solicitado, pero porque en su opinión lo que se debía mejorar eran los niveles de eficiencia de las empresas, pues las tarifas actuales sí cubrían los costos de explotación¹⁰⁵.

Finalmente, cabe mencionar que la participación de la Defensoría también ha adoptado un cariz distinto en ciertas ocasiones, cuando la institucionalidad del regulador se ha visto en peligro. Por ejemplo, se mostró como espectador preocupado por la crisis por la que pasaba la SUNASS y la respaldó frente a la decisión de SEDAPAL de suspender el pago del aporte por regulación¹⁰⁶.

3. Asociaciones de comercio y de usuarios: ¿cohesión que otorga poder regulatorio?

Las asociaciones ya sea de empresas, de usuarios u otras también son importantes repositorios de recursos clave para el proceso regulatorio y, dada su capacidad de aglutinación, muchas veces funcionan como un mejor instrumento para ejercer las capacidades derivadas de la posesión de tales recursos.

Un ejemplo interesante de intervención de una asociación de empresas en el espacio regulatorio es el de la Asociación

⁹⁹ Para mayor información ver: http://www.ombudsman.gob.pe/inf_def.html (visitada el 29 de abril de 2006).

¹⁰⁰ "Para generar mayor competencia: Defensoría pide a MTC aplicar portabilidad numérica". Diario Correo. 16 de junio de 2005.

¹⁰¹ "Defensoría del Pueblo: No conviene la fusión total de Bellsouth". Diario Perú 21. 12 de marzo de 2005.

¹⁰² "Postigo: El gobierno debería licitar la banda de Bellsouth en breve plazo". Diario La República. 05 de abril de 2005; "Defensoría del Pueblo: Banda B debería devolverse en un año". Diario Gestión. 16 de junio de 2005.

¹⁰³ Resolución 005-2004-CD/OSIPTEL. Proyecto de Lista Enunciativa de Información Pública y Reservada de 29 de enero de 2004.

¹⁰⁴ "OSIPTEL pretende fijar como información reservada algunos ingresos de las empresas de telefonía. Defensoría del Pueblo cuestiona proyecto presentado por Organismo Regulador". Diario Gestión de 30 de enero de 2004.

¹⁰⁵ "Polémica por tarifas de agua. Frente a frente: Empresas prestadoras piden reajustes para ampliar cobertura; Defensoría del Pueblo considera que se debe eliminar subsidios indiscriminados; SUNASS opina que se trata de ser eficientes para no afectar al usuario y descarta alza generalizada". Diario La República. 26 de julio de 2005.

¹⁰⁶ "Advierten sobre inestabilidad en la SUNASS" Diario Perú 21. 02 de septiembre de 2005; "Defensoría recomienda a SEDAPAL pagar a SUNASS". Diario La República. 22 de febrero de 2006.

Nacional de Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento del Perú-ANEPSSA. Esta asociación señalaba que la realización de dos audiencias públicas para la aprobación de las fórmulas tarifarias de las empresas de saneamiento, la primera para que la empresa sustente su posición y la segunda para que el regulador informe los resultados de su evaluación del plan maestro y plan financiero presentados por las empresas, generaba tal oposición de parte de la población –porque se proponía el incremento de las tarifas– que era muy difícil realizarlas, lo cual impedía que el proceso tarifario llegue a su fin. Adicionalmente, señalaba que la SUNASS tenía un doble estándar, pues tratándose de empresas en procesos de concesión sólo se realizaba una audiencia. Pero no sólo eso, como medida de presión ANEPSSA decidió informar al regulador que si no solucionaba este problema, procedería a suspender el pago del aporte por regulación¹⁰⁷.

Más tarde, ANEPSSA volvió al ataque y en un comunicado a la opinión pública requirió que la SUNASS fije de oficio las tarifas en un plazo de 6 meses, porque sus excesivos trámites y demora las había llevado a una crisis financiera. Adicionalmente, requirió que sea reorganizada y fiscalizada por la Presidencia del Consejo de Ministros, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, para que evalúen su gestión y emitan los correctivos sancionándose a los responsables de los supuestos efectos nocivos de su actuar sobre los servicios de saneamiento¹⁰⁸.

También puede mencionarse el caso de la Sociedad Nacional de Industrias, que salió a la palestra en defensa de los intereses de sus agremiados que eran clientes libres del mercado eléctrico, para instar al Congreso de la República a que apruebe el proyecto de modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas que proponía la variación de la composición del COES incluyendo la representación de los clientes libres. En opinión de dicho gremio, la propuesta daría mayor transparencia al mercado eliminando las inequidades existentes actualmente en favor de los generadores¹⁰⁹.

Finalmente, puede agregarse el ejemplo de la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios-

ASPEC que cuestionó duramente la propuesta del OSIPTEL de establecer un listado de información que tendría carácter público o reservado sin necesidad de pronunciamiento previo de parte del regulador. Según ASPEC, esta propuesta estaba calificando como reservada información que es relevante para el usuario, impidiéndole el acceso a la misma, pese incluso a que alguna de esa información era considerada pública por las propias empresas¹¹⁰.

4. A manera de resumen

Este último grupo de ejemplos evidencia que actores tradicionales con nuevos roles y nuevos actores se convierten en fuentes de control sobre el regulador y operan como mecanismos adicionales de rendición de cuentas. Algunos ejercen dicho control y supervigilancia a través de la revisión de los actos de los reguladores (Tribunal Constitucional), mientras que otros lo hacen como interesados legitimados por el marco legal para opinar (Defensoría del Pueblo), y finalmente, otros aprovechan su capacidad de aglutinación de intereses individuales para tratar de influir en el proceso de toma de decisiones (asociaciones de comercio o de usuarios).

IV. REPENSANDO LA CAPTURA BAJO LA LÓGICA DE LA INTERDEPENDENCIA

Luego de haber verificado la fragmentación de la autoridad legal formal y la dispersión de recursos regulatorios clave, cabe preguntarse qué tan adecuado es analizar el desempeño del regulador desde una perspectiva unidimensional basada en la lógica de la captura. En especial, cuando el regulador actúa en un espacio con tantos agentes que pueden ser igualmente poderosos y respecto de los cuales no sólo tiene que cuidarse para que no intenten modificar sus decisiones en vía de revisión o suplantarlos en sus funciones, sino a quienes debe explicar sus decisiones cotidianamente para convencerlos de haber obrado como correspondía.

Los ejemplos comentados en la segunda sección indican que las potestades del regulador no son ilimitadas y, además, que no puede ejercer con absoluta libertad

¹⁰⁷ “Empresas amenazan no pagar cuota a SUNASS”. Diario La República. 17 de junio de 2005. “SUNASS denuncia presión de empresas de saneamiento. Asegura que buscan que se apruebe nuevas tarifas de agua sin necesidad de audiencias públicas”. Diario La República. 20 de junio de 2005. En esta segunda nota periodística se señala lo siguiente: “La Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) rechazó que quiera politizar la regulación de los servicios de agua y desagüe y negó que busque la quiebra de las empresas de saneamiento. Fue en respuesta a Anepssa Perú (...) que asegura que SUNASS hace distinciones al considerar una audiencia pública para la aprobación de tarifas en empresas en concesión, y dos para las empresas municipales. A través de un comunicado, SUNASS afirma que Anepssa Perú, al condicionar el pago del aporte, pretende presionarla para que apruebe incrementos de tarifas sin pasar por los procedimientos establecidos en la Ley de Transparencia (...)”.

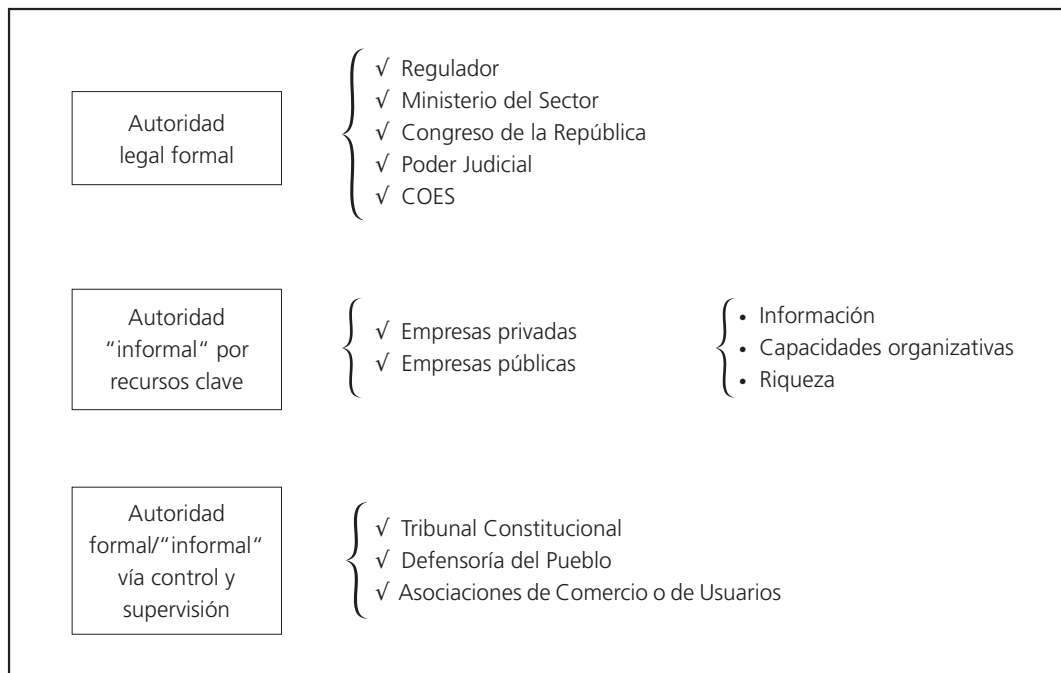
¹⁰⁸ ANEPSSA: “Empresas de agua y alcantarillado de todo el país exigen reorganización de SUNASS y mejora de políticas del Sector”. Diario La República. 02 de febrero de 2006.

¹⁰⁹ “Demanda aprobar cambios en la Ley de Concesiones Eléctricas”. Diario La República. 27 de junio de 2005. Sobre el proyecto en referencia, ver: nota 83, *supra*.

¹¹⁰ “Aspec: OSIPTEL propicia ocultamiento de información en perjuicio de los usuarios”. Diario La República. 01 de febrero de 2004. Sobre la propuesta del OSIPTEL ver nota 103, *supra*.

aquellas que tiene. En efecto, su poder se encuentra limitado por las capacidades legales de otras entidades estatales (Ministerios del Sector, Congreso de la República y Poder Judicial) o no estatales cuya autoridad es reconocida por el marco legal (el COES en el sector eléctrico es un buen ejemplo). Asimismo, las capacidades legales del regulador se encuentra acotadas por las capacidades regulatorias “informales”

que tienen otros agentes no estatales, en particular las empresas públicas y privadas, como consecuencia de la posesión de importantes recursos clave. Finalmente, la participación de otros actores estatales y no estatales como censores o entes de vigilancia también diluye la posibilidad de que el regulador ejerza sus potestades sin limitación (Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, asociaciones de comercio o de usuarios).



Consecuentemente, sin dejar de ser parte central del Espacio Regulatorio, la agencia u Organismo Regulador tiene necesariamente que debatir y “negociar” sus decisiones y posiciones con los demás actores de dicho espacio. Producto de ello son las distintas relaciones de interdependencia que se constituyen en elemento característico del escenario en que actúan los organismos reguladores.

En primer lugar, existe interdependencia entre el regulador y las otras entidades estatales que detentan capacidades legales formales. Un ejemplo de ello se encuentra en la relación entre regulador y Ministerio del Sector. El regulador puede lograr una más fácil implementación de sus decisiones si cuenta con el apoyo de la autoridad legal que tiene el Ministerio, de lo contrario si establece una relación tirante con el Ministerio la aplicación de sus medidas puede verse seriamente limitada, como ocurrió con SUNASS y la pretendida intangibilidad del fondo para inversiones que tenía SEDAPAL. A su vez, el Ministerio también requiere apoyarse en el conocimiento y experiencia técnica del regulador para adoptar medidas específicas, por ejemplo, cuando requiere superar etapas de crisis

como la ocurrida en el sector eléctrico derivada del incremento de los precios internacionales de insumos para la generación que podía afectar el mercado interno; o para decidir sobre aspectos tan importantes como la autorización de la transferencia de concesiones derivada de la fusión entre Telefónica Móviles y Bellsouth.

Otro supuesto de dependencia mutua se presenta con el Poder Judicial. El regulador depende del Poder Judicial cuando éste revisa el fondo de sus decisiones, pues existe la posibilidad de que las varíe sustancialmente en contra de su opinión técnica y lo obligue a acatar el fallo. Esto fue lo que sucedió con la sentencia que ordenó al OSINERG definir las compensaciones por uso de líneas de transmisión eléctrica que se debían pagar a Eteselva. Por su parte, el Poder Judicial también necesita de la colaboración del regulador para ejecutar una sentencia que rectifique su decisión. Así lo demuestra la resolución que emitió el Poder Judicial ampliando lo dispuesto en la sentencia antes mencionada, donde dejó en claro cómo debía proceder el OSINERG dado que en su opinión las medidas que había adoptado hasta ese momento no se adecuaban a lo dispuesto por dicha sentencia.

En tercer lugar, existe interdependencia entre regulador y empresas reguladas. A manera de ejemplo, puede mencionarse el caso de la aprobación de tarifas de servicios de saneamiento. SEDAPAL requería que la SUNASS apruebe el incremento de sus tarifas, mientras que la segunda requería de la primera la entrega de mayor información para evaluar la correspondencia entre metas y propuesta tarifaria para cumplirlas. La empresa no entregó la referida información y el regulador no aprobó el incremento de tarifas. Posteriormente, el regulador necesitaba el pago del aporte por regulación de SEDAPAL para garantizar el cumplimiento de sus funciones, pero esta empresa decidió suspender dicho pago manifestando no contar con recursos precisamente por la falta de aprobación del incremento de sus tarifas.

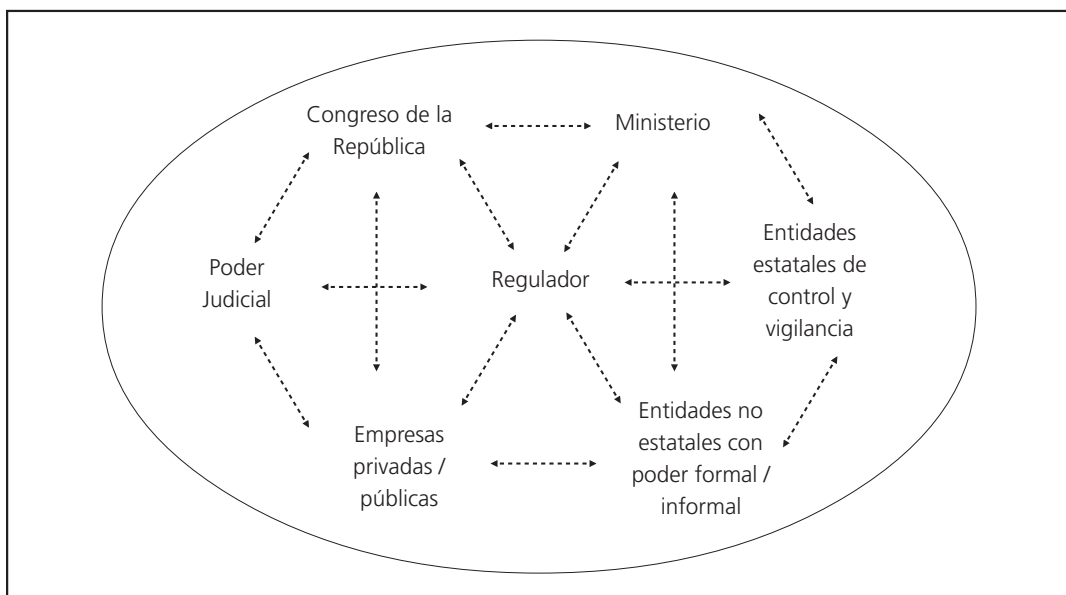
Otro ejemplo interesante es el del COES. En este caso, el marco legal reconoce la conveniencia de involucrar en el despacho a los generadores y transmisores eléctricos, por ello les otorga funciones regulatorias que complementan las labores del regulador. Adicionalmente, el marco legal garantiza el respeto del ejercicio de dichas funciones otorgándole al COES el respaldo de las sanciones que puede imponer el regulador. En otras palabras, se conjuga el otorgamiento de autoridad legal formal a una entidad no estatal –en reconocimiento de la información y capacidades organizativas que maneja– con el soporte de la autoridad legal formal existente en el regulador. Así, el regulador depende del COES para la administración económica del despacho, mientras que el COES depende del regulador para la sanción de las desviaciones a las reglas que dispone para organizar el despacho.

En cuarto lugar, existe interdependencia entre regulador y otras entidades estatales o no estatales que actúan

como censores o vigilantes de su labor. El regulador tiene que explicarles sus decisiones cotidianamente para convencerlas sobre su correcta actuación o para evitar que intenten suplantarlos en sus funciones. En cuanto a lo primero, puede mencionarse la vigilancia cotidiana que ejerce la Defensoría del Pueblo, opinando y ofreciendo recomendaciones de política regulatoria, así como la participación de asociaciones de comercio o de usuarios que buscan influir en el proceso de toma de decisiones (incluyendo desde la presión explícita de ANEPSSA para que la gestión de la SUNASS sea fiscalizada por la Contraloría General de la República, hasta los cuestionamientos puntuales de ASPEC a las propuestas del regulador). Como ejemplo de lo segundo está el constante escrutinio que realiza el Congreso sobre los actos del regulador y que llega incluso al punto de tratar de suplantarlos en sus funciones a través de iniciativas legislativas.

Inclusive las relaciones de interdependencia pueden darse entre más de dos agentes, como sucede con la interacción del MVCS y SEDAPAL como bloque de oposición frente a la SUNASS o entre el MTC y OSIPTEL actuando complementariamente respecto de la solicitud de aprobación de transferencia de concesiones derivada de la fusión entre Telefónica Móviles y Bellsouth. Adicionalmente, las relaciones de interdependencia pueden presentarse directamente entre los otros actores del Espacio Regulatorio sin necesidad de que en todas ellas intervenga el regulador, como podría ser, por ejemplo, la interacción que ocasionalmente ocurre entre las empresas reguladas y el Congreso de la República como consecuencia de la propuesta de ciertas iniciativas legislativas.

La interdependencia que existe en el Espacio Regulatorio demuestra la complejidad de procesos y



conflictos que se producen en su interior. Ello permite comprender a cabalidad que la dispersión de recursos no permite al regulador imponer sus decisiones y, por ende, hace menos interesante la captura y más atractiva la “negociación” de posiciones entre los distintos agentes, en particular considerando los distintos y poderosos intereses que suelen estar en conflicto en el Espacio Regulatorio. Piénsese únicamente en el interés por que se reduzcan las tarifas para beneficiar al usuario y el interés por que la tarifa sea más elevada para garantizar la inversión en ampliación de cobertura de servicios; o el interés por cargos de acceso o interconexión más reducidos para promover la entrada de competidores y el interés por que dichos cargos se mantengan elevados para no desincentivar la inversión de los incumbentes en el largo plazo.

Una vez reconocido lo anterior, se entiende la conveniencia de modificar la perspectiva de análisis del desempeño del regulador, entendiendo su función como una de mediación y balance entre los diversos intereses en conflicto de los actores del Espacio Regulatorio¹¹¹, más que como una de potencial promotor de intereses de las empresas reguladas. Bajo esta lógica adquiere sentido pensar en una reforma regulatoria que defina procedimientos que permitan la participación –ordenada pero a la vez fluida– de agentes distintos al regulador que puedan aportar o actuar como controles y contrapesos en el proceso de toma de decisiones. Para ello, es necesario identificar que entidades estatales y no estatales poseen recursos clave y en qué medida, de manera que pueda garantizarse su participación en dicho proceso.

Por último, un aspecto importante a señalar es la dimensión estática y dinámica del Espacio Regulatorio. Una descripción estática del Espacio Regulatorio de cada una de las industrias de las que se han tomado ejemplos en la segunda sección indicaría lo siguiente¹¹²:

- El OSINERG se relaciona con empresas públicas y privadas, existiendo una entidad conformada por empresas reguladas que tiene capacidades regulatorias reconocidas legalmente (el COES). Existe un grado importante de complementariedad entre las labores del regulador y del COES. La relación del OSINERG con el MEM no es de abierta contraposición, aunque se registran enfrentamientos ocasionales. Además, se registra un grado moderado de intervención del Congreso de la República y el potencial riesgo de revisión de

las decisiones del regulador por parte del Poder Judicial.

- La SUNASS se relaciona preponderantemente con empresas públicas, siendo la principal de ellas SEDAPAL. La relación del regulador con el MVCS es de abierta oposición, en la que este último parece haber creado un bloque con SEDAPAL para oponerse a las decisiones del regulador. En este campo no se registra una intervención notoria del Congreso o de otras entidades estatales.
- El OSIPTEL se relaciona únicamente con empresas privadas de distinta envergadura, aunque una de ellas –Telefónica– es considerada como dominante en el mercado. De otro lado, la relación entre el regulador y el MTC sólo presenta enfrentamientos ocasionales. La intervención del Congreso y de otras entidades estatales, como por ejemplo la Defensoría del Pueblo, es notoria y continua.

Entre los elementos de semejanza o diferencia que podían mencionarse preliminarmente está que la relación entre regulador y Ministerio parece más tirante cuando las empresas son públicas que cuando son solamente privadas. El Ministerio puede tener mayores incentivos a cuestionar las decisiones del regulador cuando la empresa regulada depende de su sector. De otro lado, cuando las empresas son privadas, y especialmente si hay una considerada como dominante, otras entidades estatales –como el Congreso o la Defensoría– parecen más proclives a intervenir en el Espacio Regulatorio y a cuestionar las decisiones del regulador. Además, las estrategias que adoptan las empresas privadas para oponerse al regulador parecen más sutiles –o que aprovechan más las vías legales– que las que utilizan las empresas estatales quienes, tal vez precisamente por serlo, resultan más agresivas, como indicaría la suspensión del pago del aporte por SEDAPAL o la negativa de Electro Perú a renovar contratos de suministro eléctrico con distribuidoras.

No obstante, debe tenerse en cuenta también que el Espacio Regulatorio puede ir variando en el tiempo, con la aparición de nuevos actores o la salida de alguno de los existentes. Piénsese por ejemplo en la industria de las telecomunicaciones antes y después de la apertura, es decir, antes y después del monopolio temporal otorgado a Telefónica del Perú. Asimismo, el Espacio Regulatorio se modifica en función a la

¹¹¹ Sobre la visión del regulador como mediador de intereses en conflicto que hace un balance de los mismos, puede verse el siguiente trabajo: SCOTT, Colin”. Services of general interest in EC law: matching value to regulatory technique in the public and private sectors”. En: European Law Journal 4. Volumen 6. 2000.

¹¹² Este ejercicio es eminentemente enunciativo y queda sujeto a posterior investigación y confrontación, pues hacerlo en toda su extensión implicaría un estudio especial para cada caso, como se ha indicado previamente.

distribución de la autoridad legal formal existente en cada etapa. Téngase en cuenta, por ejemplo, los distintos momentos por los que ha pasado la autoridad reguladora en el sector eléctrico desde la publicación de la Ley de Concesiones Eléctricas, esto es, cuando sólo existía como regulador la Comisión de Tarifas Eléctricas o de energía, luego el período en que ésta convivió con el OSINERG –que tenía principalmente funciones fiscalizadoras– y, finalmente, la etapa en que ambas entidades se han fusionado introduciéndose la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria –ex CTE– dentro del OSINERG.

El carácter dinámico del espacio regulatorio hace más complicada la posibilidad de captura, puesto existen

tantos intereses en juego como participantes actúen en determinada etapa, con lo cual son más los que podrían estar dispuestos a tratar de “capturar” al regulador. Asimismo, las capacidades regulatorias formales de los agentes no sólo se encuentran superpuestas sino que tienden a variar en el tiempo, con lo cual es más difícil identificar a quien tendría que “capturarse”.

En tal sentido, la configuración y características propias de cada industria en un momento del tiempo definen relaciones de poder diversas, pero dicha configuración y características también se modifican en el tiempo y todo ello impacta en la configuración del espacio regulatorio.