

Facultad de Derecho y Ciencia Política

LIBRO DE PONENCIAS

ENCUENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO REGULATORIO

EDITOR: PIERINO STUCCHI

CÁTEDRA INICIAL: GASPAR ARIÑO ORTIZ

PRIMER PANEL TELECOMUNICACIONES

HORTENCIA ROZAS
JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ
RAFAEL MUENTE SCHWARZ
JUAN RIVADENEYRA

SEGUNDO PANEL ENERGÍA

JOHNNATAN PALOMINO
SUSANA CAZORLA
LUIS ESPINOZA QUIÑONES
DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN

TERCER PANEL INFRAESTRUCTURA

IVES BECERRA
JOSÉ LUIS GUASCH
ALFREDO DAMMERT
KLAUS BURGER

18 Y 19 JUNIO 2020

Facultad de
Derecho y
Ciencia Política

FONDO EDITORIAL
UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER



**Facultad de Derecho y Ciencia
Política**
Universidad Privada Norbert Wiener

Primer Encuentro Internacional de Derecho
Regulatorio



**Universidad
Norbert Wiener
Fondo Editorial**

Primera edición digital, febrero 2021

© 2021, la Universidad Privada Norbert Wiener S.A.

Para el Fondo Editorial de la Universidad Privada Norbert Wiener

Jr. Larrabure y Unanue 110. Urb. Santa Beatriz, Lima. Perú
Contacto: fondoeditorial@uwiener.edu.pe

www.uwiener.edu.pe

ISSN: 978-612-46707-5-6

Hecho el Depósito Legal

en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.fdc.00002>

Prohibida su total o parcial reproducción por cualquier medio de impresión o digital en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o en cualquier otro idioma sin autorización expresa de la casa editorial.

PRESENTACIÓN

Cátedra inicial: Retos actuales de la regulación en
Latinoamérica

Dr. Gaspar Ariño Ortiz (España)

Catedrático de Derecho Administrativo

Mesa 1

Sector telecomunicaciones: Regulación para las nuevas
tecnologías

Moderadora

Hortencia Rozas (Perú)

Exdirectora de Regulación de Telefónica del Perú

Panelistas

José Carlos Laguna de Paz (España)

Catedrático de la Universidad de Valladolid

Rafael Muenta Schwarz (Perú)

Presidente del Consejo Directivo de Osiptel

Juan Rivadeneyra (Perú)

Director de Asuntos Regulatorios de América Móvil (Claro)

Mesa 2

Sector energía: Reformas regulatorias urgentes y el futuro de
las energías renovables en el Perú

Moderador

Johnnatan Palomino (Perú)

Especialista en Regulación y Energía

Panelistas

Susana Cazorla (México)

SICE nrgy. Extitular de la Unidad de Análisis Económico de la Comisión Reguladora de Energía de México

Luis Espinoza Quiñones (Perú)

Socio en LAEQ Asociados
Exviceministro de Energía

Daniel Schmerler Vainstein (Perú)

Socio en Díez Canseco – Competencia & PI
Expresidente del Osinergmin

Mesa 3

Sector infraestructura: Regulación para la inversión sostenible y la reducción de la brecha de infraestructura

Moderadora

Ives Becerra (Perú)

Gerente legal de Rutas de Lima

Panelistas

José Luis Guasch (España)

Doctor en Economía, Universidad de Stanford

Alfredo Dammert (Perú)

Miembro del Consejo Directivo del Ositran

Klaus Burger (Perú)

Exdirector de APM Terminals

Lima, Perú. Junio 18 y 19 de 2020

PONENTES

Gaspar Ariño Ortiz (España)

Catedrático de Derecho Administrativo y Presidente del despacho Ariño y Villar, Abogados (Madrid, España). Abogado en ejercicio, autor de numerosos libros y artículos, es especialista en las áreas del derecho público referentes a contratación pública, ordenación económico-financiera, energía, aguas, transporte y telecomunicaciones.

Hortencia Rozas (Perú)

Directora de Regulación en Telefónica del Perú durante 15 años hasta el 2011. Gerente Legal de Tecnológica de Alimentos S. A. hasta el presente año. Maestría en Derecho de Empresa por la UPC. Especialización Superior en Derecho y Gestión de Telecomunicaciones en la Universidad Andina de Ecuador y Universidad del Externado de Colombia. Estudios de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Carlos III de España, Gerencia para Abogados en Yale. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

José Carlos Laguna de Paz (España)

Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (España). Experto reconocido en Iberoamérica en materia de regulación y competencia. Autor de numerosas publicaciones en Europa y América. Ha participado en el dictado de cursos y conferencias en universidades de todo el mundo.

Rafael Muenta Schwarz (Perú)

Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel. Especialista en Derecho Corporativo Administrativo, Servicios Públicos y Regulación. Docente universitario y autor de numerosas publicaciones y trabajos de investigación. Master of Laws en Illionis Institute of Technology Chicago - Kent College of Law. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Juan Rivadeneyra (Perú)

Director de Asuntos Regulatorios de América Móvil Perú (Claro) desde el año 2000. Presidente del Comité de Telecomunicaciones de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN) y antes fue Presidente del Comité de Asuntos Legales & Regulatorios de la misma entidad. Miembro de la Comisión Ejecutiva de Derecho Informático y Tecnologías de Información y Comunicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL). Cuenta con estudios de especialización de Regulación en Telecomunicaciones en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

Johnnatan Palomino (Perú)

Maestría en Regulación de Servicios Públicos en la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico (2015-2017) y, como parte de esta, el Máster en Gestión de Infraestructuras en la Universidad Politécnica de Catalunya (Barcelona, España). Ha sido Summer Scholar en el Programa Especializado en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversión en American University Washington College of Law (EE.UU, 2019). Desde el año 2016, se desempeña como abogado inhouse de Kallpa Generación, empresa de generación eléctrica del grupo Inkia Energy, donde, actualmente, es jefe de regulación.

Susana Cazorla (México)

Maestra en Políticas Financieras Públicas por la London School of Economics and Political Science. Consultora en temas de regulación y competencias económicas del sector energético con más de doce años de experiencia como funcionara de Sener, la CRE y ahora como consultora. Fue elegida en dos periodos consecutivos como Vicepresidenta de la Confederación Internacional de Reguladores de la Energía (ICER). Es Licenciada en Economía por el ITAM y ha sido panelista en múltiples foros nacionales e internacionales.

Luis Espinoza Quiñones (Perú)

Ingeniero Mecánico Electricista, Experto en Regulación Energética, Consultor en LAEQ & Asociados S.A.C. Se ha desempeñado como Viceministro de Energía del MINEM, Gerente de la División de GN y Especialista en Generación y Transmisión de la GRT de Osinergmin.

Daniel Schmerler Vainstein (Perú)

Ha sido profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico, así como expositor internacional en América, África, Asia y Europa. Ha cursado el Harvard Environmental Economics Program (HEEP) de la Universidad de Harvard. Estudios de Maestría culminados en Derecho de la Propiedad Intelectual y Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ives Becerra (Perú)

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo, y en Administración de Negocios (MBA) por la Universidad ESAN. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en derecho de la construcción, gestión y financiamiento de proyectos, asociaciones público-privadas, contratación pública y resolución alternativa de disputas a nivel local e internacional. Ha sido Director Legal en Abengoa Perú, OHL Concesiones Perú, y Aleatica Perú. Adjudicador y Árbitro en materias vinculadas a la ejecución de proyectos de infraestructura y obras públicas y privadas. Fundador y consejero de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

José Luis Guasch (España)

Profesor Emérito de Economía, Universidad de California. Exjefe del Grupo de Expertos Globales en APP del Banco Mundial. Director Académico del Programa APP, IP3, Washington DC. Doctor en Economía por la Universidad de Stanford, California.

Alfredo Dammert (Perú)

Ph.D. en Economía. Máster en Ingeniería Química. Ingeniero Industrial. Funcionario del Banco Mundial en Washington, Presidente de Osinergmin, actual director de Ositran, exdirector de la Maestría de Regulación de Servicios Públicos de PUCP, actual director de la Maestría de Regulación, Gestión y Economía Minera de PUCP, Vicepresidente de la Cámara Peruana del Libro, profesor de Economía en PUCP, USMP, ESAN y UP.

Klaus Burger (Perú)

MBA en Kellogg School of Management. Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos de la Universidad del Pacífico

donde recibió el premio Robert Maes. Bachiller en Administración con especialidad en Finanzas de Georgetown con la distinción de *summa cum laude*. Abogado de la Universidad de Lima. Profesor de Finanzas en la USIL. Ha participado en varias licitaciones portuarias desde 1999, habiendo integrado en el 2007 el consorcio ganador del Muelle Sur junto con DP World y en el 2011 el del Muelle Norte junto a APM Terminals donde se desempeñó como el único director local durante siete años.

ÍNDICE

Presentación	13
Cátedra inicial: Retos actuales de la regulación en Latinoamérica	15
1. Sector telecomunicaciones: Regulación para las nuevas tecnologías.	24
1.1. Presentación	25
1.2. Telecomunicaciones: ¿Cuáles son los retos actuales de la regulación del sector?	29
1.3. Retos de la regulación en escenarios inciertos	35
1.4. Hacia una nueva regulación creadora	39
2. Sector energía: Reformas regulatorias urgentes y el futuro de las energías renovables en el Perú	44
2.1. Presentación	45

2.2. Lo que se debe y no se debe hacer para lograr la transición energética: caso de México	47
2.3. La nueva reforma del sector eléctrico peruano	51
2.4. Perspectiva para las energías renovables en el Perú: Retos y reformas necesarias	55
3. Sector infraestructura: Regulación para la inversión sostenible y la reducción de la brecha de infraestructura	60
3.1. Presentación	61
3.2. Mejorando la regulación tarifaria en APP	63
3.3. Contratos de concesión. Formulación y análisis	67
3.4. La necesidad de la confianza y predictibilidad	71

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Norbert Wiener organizó el primer Encuentro Internacional de Derecho Regulatorio, espacio de reflexión sobre los nuevos retos de esta disciplina. Desde un enfoque interdisciplinario, se convocó a académicos, profesionales y funcionarios públicos, nacionales y extranjeros, expertos en regulación, prestación de servicios esenciales e infraestructura. Este libro registra las presentaciones de este encuentro.

Al inicio se presenta la cátedra inaugural: «Retos actuales de la regulación en Latinoamérica», a cargo del Dr. Gaspar Ariño, reconocido maestro de derecho administrativo y reconocido experto en regulación, quien nos plantea una visión transversal del derecho regulatorio, explicando que la existencia de esta disciplina -en sí misma- implicó cierta relativización del principio de separación de las funciones clásicas del poder, desde las atribuciones de una administración independiente denominada regulador, que «no sólo crea normas (función normativa), sino que además ejecuta, fiscaliza y supervisa (función ejecutiva) y soluciona controversias (función resolutive)».

La primera mesa del encuentro se dedica al sector telecomunicaciones y plantea como tema: «La regulación para las nuevas tecnologías». En este panel, se registran las presentaciones de los expertos José Carlos Laguna (España), que plantea una visión académica con lecciones concretas; Rafael Muelle (Perú), que formula planteamientos derivados de su experiencia como autoridad del sector; y, Juan Rivadeneyra (Perú), que propone la mirada de quien conoce la actividad empresarial.

La segunda mesa se dedica al sector energía y se registran las ponencias de Susana Cazorla (México), que comparte una experiencia comparada muy interesante; Luis Espinoza (Perú), desde una visión que combina su experiencia en la función pública con las labores de consultoría; y, Daniel Schmerler (Perú), conocedor del sector como autoridad, todos ellos dedicados a desarrollar el tema: «Reformas regulatorias urgentes y el futuro de las energías renovables en el Perú», donde se examinan aspectos importantes sobre la nueva regulación en el sector energético.

Finalmente, la tercera parte mesa se dedica a la infraestructura. Se registran las ponencias de José Luis Guasch (España), que condensa su experimentada su perspectiva internacional; Alfredo Dammert (Perú), que refleja su paso por diferentes organismos reguladores en el país; y, Klaus Burger (Perú), desde una perspectiva que refleja los retos de inversión y la actividad privada. Sus ponencias se centraron en el tema: «Regulación para la inversión sostenible y la reducción de la brecha de infraestructura».

Debido a la crisis sanitaria producida por la pandemia de la COVID-19, este encuentro se desarrolla bajo una nueva presencialidad, a distancia. Lo logramos gracias a la generosidad y experiencia de todos los ponentes y moderadores en este encuentro. Para nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política, el análisis desde diferentes experiencias sobre los temas relevantes del Derecho regulatorio es trascendental. Agradecemos a los ponentes y conductores de cada mesa por entregarnos en este encuentro internacional aproximaciones y herramientas valiosas para adoptar soluciones regulatorias prácticas, eficaces, sostenibles y con solidez teórica.

Tenemos al frente el reto de fomentar una cultura regulatoria que exija transparencia en la ejecución de políticas de inversión y regulación; y, que valore positivamente la inversión privada para prestación de servicios esenciales y para el aseguramiento de la infraestructura, en beneficio de la sociedad.

Pierino Bruno Stucchi López Raygada

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la
Universidad Privada Norbert Wiener
Editor Principal

CÁTEDRA INICIAL: RETOS ACTUALES DE LA REGULACIÓN EN LATINOAMÉRICA

GASPAR ARIÑO ORTIZ (ESPAÑA)

Catedrático de Derecho Administrativo

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid

Hoy vamos a dar una charla muy difícil porque hace más de 40 años me he dedicado a estudiar la regulación económica, junto a otros temas. Cuando fui invitado para participar en este evento, sin concretar demasiados temas, pensé que era el momento de hacer una reflexión personal de lo que he ido descubriendo a lo largo de estos años.

La última vez que estuve en Lima fui a presentar el libro llamado *Regulación económica, lecturas escogidas*. En este libro de 600 páginas recogemos con Juan Miguel de la Cuétara, quien me acompañaba muchas veces en mis viajes iberoamericanos, y con Íñigo del Guayo Castiella, nuestras principales aportaciones al tema de la regulación, tanto en materia general como en energía, gas, electricidad y telecomunicaciones. Años después, al momento de preparar esta ponencia, revisando el contenido de aquel libro, no encontré nada de lo que fuese, llamémosle así, una síntesis de lo que actualmente creo que hay que decir sobre derecho regulatorio. En ese sentido, recorriendo los temas estudiados en el libro, formulé esta conferencia que tendrá dos partes: la primera parte, qué es la regulación, en qué consiste, qué alcance tiene, a qué se aplica, qué problemas podemos resolver. Mientras que la segunda parte de la intervención será características de la regulación económica, así como consejos y recomendaciones para el estudio de esta materia, dirigida a aquellos que quieran abordar estos temas.

La regulación económica es una nueva rama del derecho público, tanto en Europa como en el resto del mundo que reviste características singulares. Aunque su regulación es muy antigua por ser una tarea primordial del Estado, he dicho nueva porque su actual regulación y alcance es muy distinta a sus orígenes. Antes del Estado, los municipios, los reinos, y las entidades políticas conocidas como repúblicas en los siglos XIV, XV y XVI ya regulaban las obras, seguridad, carreteras, el orden público, y esto es, regulación, más conocidas en derecho como «por razones

de policía», regulación externa a la actividad regulada que se emitía por razones de seguridad, salubridad, urbanística. Desde el Imperio romano, el orden de las ciudades ha sido siempre una tarea pública, y esta regulación respondía a finalidades públicas de orden pública, a la defensa del Estado, a la defensa de la soberanía y a la identidad de los reinos. Sin embargo, aunque tuviera una repercusión económica, estas medidas no son consideradas como regulación económica.

La regulación económica se caracteriza porque, frente a la tradicional, externa, casi siempre limitativa, proyectada frente a actividad privada, empresarial y personal, la primera pretende organizar desde adentro la vida económica, empresarial y el comportamiento de las unidades y entidades privadas. Esto último sí que es nuevo, y empezó a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, cuando se construye la moderna teoría del servicio público. Entonces, ¿por qué aparece la regulación con el deseo de configurar internamente los tratamientos económicos? Su necesidad surge porque estamos frente a entidades y actividades con una gran trascendencia social, en las que se ventilan muchos intereses públicos o generales, que no pueden ser privadas inicialmente al hacer referencia a bienes colectivos como la defensa de las aguas, de los bosques, a la prestación de los primeros servicios públicos, actividades que inicialmente tienen carácter monopólico, frente a las que habitualmente regulaba la administración, que eran actividades privadas que se desarrollaban con libertad en régimen de competencia y mercado.

En las actividades reguladas no hay competencia, no hay mercado. Al contrario, lo que se predijo con la primera doctrina del servicio público o primera doctrina sobre regulación, son actividades tendencialmente llamadas al monopolio o, dicho, en otros términos, monopolios naturales. A estas actividades es a las que se dirige el Estado con la necesidad de defender lo que el mercado defiende de manera natural: la formación eficiente de los precios, la buena prestación, la universalidad de la prestación, la satisfacción de las necesidades esenciales que en estos campos son esencialmente necesarias, tales como el abastecimiento del agua, de los servicios municipales, de la recogida de los restos, cuando surge la necesidad del suministro de energía antes del carbón, de los ferrocarriles¹. Estas actividades inicialmente son actividades que deben estar llamadas a la prestación universal porque son monopolios naturales ya que no cabe formular o establecer competencia en el suministro de agua, recogida de basura, transporte ferroviario, reparto de

1 Los primeros ferrocarriles son de mediados del siglo XIX, 1840 a 1850.

correspondencia. Inicialmente, estas actividades son gestionadas en mano pública, es decir el Estado crea entidades empresariales en las que tiene un control completo. Sin embargo, el Estado pronto toma conciencia de su incapacidad empresarial, razón por la que necesita acudir a las empresas privadas para que estas las asuman de manera más eficiente.

Así surgen las primeras doctrinas del servicio público, entendido como actividad reservada al Estado, al municipio, a la administración competente al territorio, que se otorga, cede o delega a través de la figura de la llamada concesión o la autorización reglamentada o conocida como autorizaciones, franquicias, licencias en el derecho anglosajón. En esta gestión el Estado cede el ejercicio más no la titularidad, de manera que siguen siendo actividades públicas cuyo titular es el Estado, lo que se configura una especie de potestad doméstica; no tan intensa cuando mandaba las empresas públicas, pero muy parecida. Esto se debe ya que siempre se ventila en estas actividades dos grupos de intereses: el interés del Estado, de la comunidad, de la administración titular del servicio, que quieren una prestación eficiente, barata y de calidad; frente al interés del empresario, el cual es lucrativo.

El equilibrio, la compensación, la administración, llamémosle la atención a ambos intereses de dos partes que forman una única unidad funcional concedente y concesionario ha sido siempre un problema visto desde la filosofía interna de las empresas que han tenido una doble cara, una doble función, una doble clientela, la del público y de los inversionistas; estos últimos los que tienen que encontrar retribución a su inversión. La regulación fue la obligada continuación de la privatización de las empresas estatales cuando a finales del siglo XIX estas empiezan a privatizarse.

Al privatizarlas, al tratarse de sectores estratégicos, el Estado quiere conservar poderes de intervención, de control de la actividad y a esto sirve en un primer momento la regulación, garantizar el interés general que siempre hay en este tipo de actividades económicas.

Sin embargo, hay dos posibles modos de defender el interés general, uno que es el servicio público tradicional y otro que es la actividad de interés económico general regulada. Los dos modelos de actuación del Estado en la defensa de los intereses de las actividades estratégicas son antitéticos, contradictorios en tanto que el servicio público es una reserva del Estado, este tiene potestad sobre su propia casa, sigue siendo servicio público aun cuando la

inversión haya sido privada. Por el contrario, la actividad regulada de interés económico general sigue siendo una actividad privada, en la que no se puede ordenar cualquier cosa, ya que se renuncia a la estatalidad. En el servicio público tradicional, el Estado es el que tiene el control de la prestación y decide y responde sobre esta. En cambio, en la actividad regulada económica, el Estado está sometido a las mismas reglas de habilitación legal de tener un apoderamiento en la que no puede poner las obligaciones que desea, y tiene los poderes controlados por la regulación, la ley o reglamento.

La historia de lo que hoy llamamos *regulación económica* es la historia del servicio público integrado, estatalizado, a la actividad económica empresarial, paso que se produce muy recientemente a finales de 1980 en Gran Bretaña y desde inicios de 1990 hasta el día de hoy; se extiende por el mundo entero, a los países de Iberoamérica, Estados Unidos, los países de Europa, para ser adoptado como modelo general de regulación de la Unión Europea. ¿Cómo fue posible este cambio? Toda una generación de economistas de la Escuela de Chicago y de la Escuela de Virginia, muchos de ellos premios nobel como Milton Friedman, George Stigler, Gary Becker, Theodere Schultz, James M. Buchanan, Ronald Coase, fueron los creadores del nuevo modelo de regulación económica que llamamos *regulación para la competencia*.

El análisis de estos nobeles sobre los vicios de los viejos servicios públicos, desde el punto económico fueron extraordinarios. Entre estos vicios, tenemos la sobreinversión, donde se demostró que la inversión es excesiva: siempre se invierte más de lo necesario, ya que nadie quiere correr el riesgo de que se produzca un defecto o corte en el servicio y porque, además, el inversor no responde de la inversión, responde el Estado. En ese sentido, mientras más se invierta, la base sobre la inversión sobre la que calcula el importe de las tarifas y volumen de negocios será mayor. En paralelo, el Estado tampoco quiere correr riesgos, ya que en el peor escenario puede haber un corte en el servicio de la luz, no funcionen los teléfonos, choque un ferrocarril; entonces, la seguridad es un coste político que el Estado no quiere soportar. En ese sentido, la inversión les interesa a ambas partes: al Estado porque garantiza la calidad del servicio, y al inversor porque aumenta la base de su inversión, reflejado en el cálculo de la tarifa. Esto, en breves palabras, llevo un aumento inexorable de costes.

Para limitar estos costes se acudió a un concepto que por unos años funcionó, llamado «la fijación de costes estándares»; objetivos, depurados, ajustados, que fueron imposibles de encontrar. Nunca

se sabía cuál era el coste estándar objetivo, dinámico, productivo y eficiente. Es ahí donde estos economistas fueron demostrando sucesivamente en que en los servicios públicos el coste era excesivo y que no había ninguna necesidad de invertir tanto. Además, estaba separada la inversión de la responsabilidad, con lo cual el alza de precios era inevitable.

Cuando investigué los costes estándares, la polémica que siempre existió entre la administración y los titulares de los servicios públicos para fijar el estándar era muy difícil. Muchas veces los empresarios ofrecían una cantidad muy grande de papeles, cálculos, datos que, al final del día, el Estado siempre se le reconocía. Muchas veces, el encargado de dar luz verde a estos sobrecostes no era el político, sino un técnico que podía tener muchas relaciones con el inversor. Por ejemplo, podía ser un futuro empresario, esto evidencia que los intereses existentes entre empresa y regulador ha sido un problema latente. Finalmente, en la gestión de estos servicios, quien mandaba era el Estado, pero había una mixtura de criterios políticos y económicos, ya que las necesidades del usuario y el servicio al interés general era contrarios al interés del empresario.

Estas razones llevaron al descubrimiento de lo que llamamos «regulación para la competencia», que es la regulación hoy existente, que entendemos a groso modo como «regulación económica». Hoy no entendemos la regulación ambiental, la de salud, o la bancaria, como ejemplos de la regulación económica porque estas son tareas en las que no hay problemas de competencia. Lo que llamamos regulación económica sería entonces la regulación estratégica de actividades destinadas a la ordenación de sectores no competitivos a los que hay que hacer competitivos. El objetivo de la regulación económica es proteger y favorecer la competencia en sectores donde la competencia no existe; por tanto, lo primero que hay que hacer es crearla. En la regulación tradicional se sustituía la competencia por la regulación, que a su vez sustituía el mercado; mientras que la moderna regulación económica es competitiva, generadora de mercado.

¿A qué sectores se ha destinado la regulación para la competencia? Entre ellos, la energía, gas y electricidad², las telecomunicaciones en todas sus dimensiones, el ferrocarril, los transportes regulares sectores donde han sido más fácil o difícil organizar la competencia³. La clave para la configuración del

² No se incluye el petróleo por su naturaleza competitiva.

³ Por ejemplo, en el transporte urbano ha costado mucho organizar la competencia, porque en el transporte urbano es más eficiente, ordenado y seguro si hay un solo prestador que hace todas las compensaciones de líneas. Por ejemplo, en un momento Chile tuvo un modelo de competencia en el transporte, de tal manera que distintos autobuses hacían el mismo itinerario, estudiaba el tráfico que preveían, y naturalmente, aquello fue un desastre y duró poco. Mientras que en telecomunicaciones, transporte aéreo, la competencia ha sido favorable y beneficiosa. En otros mercados, como el

mercado inexistente ha sido la distinción entre actividades que son competitivas y monopólicas, la llamada *unbundling*, la separación de las actividades competitivas de aquellas otras que tienen una estructura tendencialmente llamada al monopolio, pero que pueden adoptar posiciones diferenciadas, por ejemplo, en el sector eléctrico, las redes, la generación y la comercialización. Mientras que el uso y acceso a la red es regulado, siempre que haya igualdad de acceso, la generación y la comercialización de lo que circula en la red es libre y compatible con el mercado. En cambio, en el sector telecomunicaciones la competencia es perfectamente posible, sobre todo en la transmisión de datos a través de las redes. Estos aspectos ha sido una de las claves de la estructuración de las empresas.

Por tanto, el paso del monopolio a la competencia y el mantenimiento de la competencia es un proceso que requiere tiempo y continuos ajustes. Entre ellos hay que diseñar la estructura empresarial, determinar cuál es el número mínimo de empresas necesarias para que haya competencia, establecer un servicio universal repartido entre las empresas porque no todos los servicios están sometidos al mercado, como el servicio eléctrico, el transporte y el agua, al ser tan esenciales para la vida. Esto lleva la necesidad de analizar el tipo de actividad que integra cada uno de los sectores de distinta manera y además hay que dictar sobre ellos normas, ordenarlas, resolver conflictos, generar potestades arbitrales, entre otros⁴. Esto exige analizar los sectores, definir políticas, diseñar medidas de actuación, con arreglos a objetivos establecidos por la ley. Las leyes de estos sectores son leyes de principios, de objetivos, más que regulaciones concretas, con lo cual se evidencia que el regulador es un ejemplo de la quiebra de la división de poderes, en tanto dicta normas, emite actos, autorizaciones o licencias, impone sanciones, resuelve arbitrajes, o adjudica derechos⁵.

De estas explicaciones podemos derivar algunas enseñanzas poco recogidas en los libros. La primera enseñanza es que la regulación es interdisciplinar. La regulación requiere conocimientos técnicos, económicos y jurídicos del sector que se trate. No hay que ser ingeniero para conocer un poco de electricidad, pero sí es necesario conocer cómo funcionan los kilovatios, cómo se generan, cuánto tiempo tardan en circular de un lugar a otro, cuál es la ferroviario, está comenzando y nadie duda que a la larga puede ser posible.

4 Los conflictos en el sector regulatorio surgen en primer lugar entre empresas, porque compiten en un mercado. En segundo lugar, surgen conflictos entre la empresa y al usuario, cuando la empresa tiene un dominio del mercado.

5 Es muy interesante descubrir por qué nace la regulación. Una de las tareas fundamentales del derecho público es ver sus orígenes, a qué responden sus instituciones. En el origen de la institución está muchas veces la clave de su comprensión. De manera ilustrativa, José Luis Villar Palasí decía que el derecho administrativo no se puede fotografiar, se debe filmar, en tanto que la única manera de entenderlo es el movimiento, a través de cómo ha evolucionado en la historia, lo cual permite saber las razones profundas que inspiran los modelos de regulación. Asimismo, el ponente se pregunta cómo pudo inventarse este modelo en los Estados Unidos, el país por antonomasia de la división de poderes. En Estados Unidos no existe el poder reglamentario. El presidente no tiene poder reglamentario salvo en materias muy específicas donde la Constitución y la ley se lo permite, como el caso de los *executive orders*.

capacidad de las redes eléctricas, y otros conocimientos técnicos del funcionamiento del servicio que tiene que ser conocido por el regulador y el estudioso de la regulación. Caso contrario, uno estaría disertando en lo vacío, hablando de un mundo abstracto que no existe.

Como segunda enseñanza, la regulación económica debe mantener equilibrios entre inversor y consumidor, entre estabilidad regulatoria que dé seguridad al inversor flexibilidad que permita su adaptación a los cambios. Cuando se quiebra este equilibrio, se producen grandes males. Por ejemplo, la introducción de las energías renovables en España dio lugar a un déficit de tarifa porque, en el proceso de aprendizaje del establecimiento de las energías renovables, se incurrió en altos gastos que eran imposibles de recuperar. En su momento, los políticos pensaron que la energía renovable era el futuro y por tanto habría que ser frente a los costos que sean necesarios para invertir en ellas. Pero también hay que estar abierto a la regulación, un ejemplo de estos es la red *neutrality*.

La tercera característica es que la regulación exige un modo de actuar del poder público distinto al resto de la administración, de las actividades normativas compulsivas, vinculantes. La regulación requiere diálogo regulatorio, no «orden y mando», que es como siempre mandó la administración. Requiere elaboración por consenso, sin merma de la autoridad. El regulador no puede regular al margen de las empresas, en el vacío, sino en consulta con las empresas, porque es la única manera en la que acierte. La regulación requiere procedimientos ágiles, verbales y públicos⁶, a fin de salvaguardar los intereses de los consumidores e inversionistas. Por tanto, el regulador no puede imponerse, sino debe persuadir, convencer, y si es posible, terminar mediante acuerdo.

Una cuarta característica de la regulación es el distinto tipo de vinculación que el regulador tiene con la ley. Esta vinculación es una discrecionalidad creativa, es decir el regulador se presume que interpreta la ley correctamente. Pero cuando el regulador ve que algo en la ley no está claro, debe crear la ley. El regulador debe tener la discrecionalidad amplia del juez romano o el juez inglés, de hacer jurisprudencia creadora que ajuste la solución al problema exacto de que se trate.

Para esto, hay que tener en cuenta que, en las leyes de regulación, el regulador se encuentra con un texto legal que le da

⁶ Sobre esto, es necesario que el consumidor acuda al ente regulador para aportar sus intereses y exigencias. En Estados Unidos es son admirables las *public hearing*, audiencias públicas del regulador, celebradas su mayoría en Washington D.C. En estas audiencias públicas, los reguladores y consumidores comparten sus ideas y opiniones.

normas generales, principios generales y objetivos⁷. Las leyes en este ámbito no son leyes concretas que definan medidas de las que surjan actos típicos, la tipicidad del acto regulador no es la tipicidad normal del acto administrativo de sanción, de nombramiento, de autorización. Mejor dicho, lo que el regulador tiene que hacer no va a encontrar soluciones *ad hoc* en la ley que se adecuen a cada caso del representante; requiere de una capacidad creativa más que repetitiva. Por eso, a medida que se desarrolla la regulación, el regulador ya no solo defiende la competencia y la regulación, tiene que inventar el sistema, ya que este último no está precisado en la ley, como el caso de la transición eléctrica, que se va a producir en unos años. Esto quiere decir que la inicial formulación de los creadores de la regulación a finales del siglo XIX contemplada en el caso *Munn v. Illinois*⁸, en la que por primera vez el regulador tiene que adjudicar derechos e imponer obligaciones.

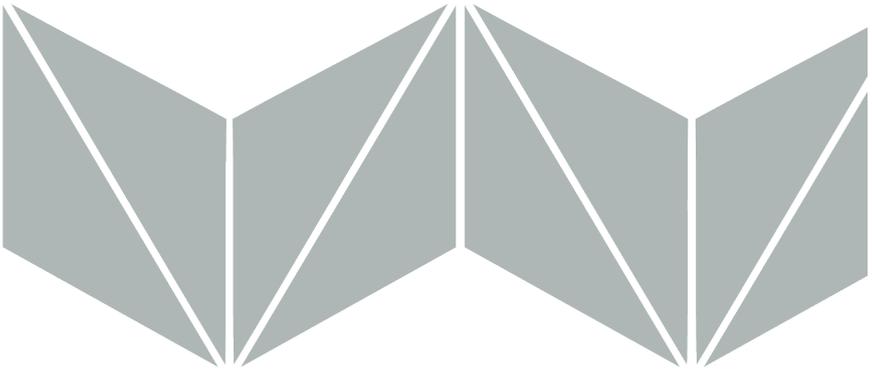
Como última característica, la revisión judicial del regulador es posible pero limitada. Si bien el juez puede revisar algunos aspectos, no puede hacer lo mismo sobre los juicios técnicos del regulador por no tener base para ello, a menos que haya un error notorio demostrado por los dictámenes periciales. Pero lo normal es que en los procesos de regulación la decisión del regulador ha sido una decisión fundamentada en cálculos técnicos, estimaciones económicas, diferentes apreciaciones que el regulador tiene propias y que un juez pueda sustituir. Aun así, el juez puede comprobar hechos erróneos, como si el procedimiento es viciado, entre otros. En cambio, si una decisión del regulador está bien realizada, no habría forma de corregirlo judicialmente.

Todos estos aspectos que se han discutido es lo que el estudio del derecho de la regulación debe saber. Estos constituyen un aspecto del derecho muy diferente a otros vinculados como el derecho de contratos y la administración pública.

7 Estos objetivos se pueden ver muy bien en los objetivos de las energías renovables y del cambio climático. La transición energética está hecha de normas que determina cuál es el número de megavatios que conviene hacer con cada tipo de energía, cuál es la capacidad de almacenamiento de cada una para que haya una flexibilidad para ambos usos.

8 El caso *Munn v. Illinois* ha sido famoso por ser el primero en que se establecen en Estados Unidos reglas de sobre la regulación económica. El señor Munn era un hombre que tenía unos graneros que llevaban el trigo y lo reunían en Chicago, para llevarlos a los primeros ferrocarriles y repartirlos. El señor Munn era de los pocos empresarios que tenía elevadores de trigo, lo cual a veces hacía que sus decisiones sobre fijar precios y establecer órdenes para el uso de sus elevadores sean arbitrarias y uno de los ciudadanos afectados impugnó sus decisiones. El caso llegó al Tribunal Supremo de Illinois, donde se dictó que el señor Munn no tenía libertad de fijar precios.

1. SECTOR TELECOMUNICACIONES: Regulación para las nuevas tecnologías



1.1. PRESENTACIÓN

HORTENCIA ROZAS (PERÚ)

Maestría en Derecho de empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Gerente Legal de Tecnológica de Alimentos S. A

En esta Mesa tuvimos el privilegio de contar con la participación de José Carlos Laguna de Paz, catedrático de la Universidad de Valladolid (España); Rafael Muenta Shwarz, Presidente del Consejo Directivo de Osiptel (Perú) y Juan Rivadeneyra, Director de Asuntos Regulatorios de América Móvil- Claro (Perú).

En la actualidad, en el contexto el que nos encontramos, debido a la pandemia y a la emergencia sanitaria, es más que evidente la vital importancia que tienen las redes de telecomunicaciones, los servicios de telecomunicaciones y los servicios digitales. La emergencia ha impuesto el trabajo remoto, las compras online, el dictado de clases vía plataformas, reuniones, trámites oficiales y otros, por medios electrónicos, por lo cual habrá una demanda creciente que necesitará nuevas inversiones y nuevos desarrollos para los servicios que esta situación nos ha impuesto. En este entorno, en las charlas que nuestros expositores ofrecieron, escuchamos cómo la regulación puede promover o frenar el desarrollo de las redes y los servicios, así como los equilibrios mínimos que hay que cuidar.

En su intervención, el profesor Laguna se refirió a los servicios de telecomunicaciones como servicios de interés económico general que se prestan en regímenes de libre competencia, con intensa regulación y supervisión estatal. Resaltó, como función de la regulación, brindar seguridad jurídica y corregir las fallas del mercado. Destacó que el sector está perdiendo valor de modo creciente porque la cadena de valor se traslada a empresas de servicio online, con retos para la regulación de promover redes de alta capacidad para servicios de alta demanda, por lo cual el mercado no puede ser tratado como uno solo ya que zonas urbanas muy pobladas y atendidas no pueden tener el mismo tratamiento que zonas rurales donde hay que garantizar acceso a los servicios de telecomunicaciones. Señaló que el Regulador deberá hacer un buen diagnóstico para determinar donde intervenir, con transparencia

en la información para atraer inversiones, sin dejar de fortalecer la protección de los consumidores.

Por su parte, Rafael Muelle se refirió al Rol Complejo de Regulador por los diversos intereses involucrados que hay que atender. En ese sentido mencionó que, en la promoción de la competencia, se considera que es el Estado el que en última instancia presta los servicios a través de las empresas. Señaló como factores básicos la continuidad del servicio, cobertura, disponibilidad, con un estándar mínimo para satisfacer las necesidades de comunicación de los usuarios, en particular, en el contexto complicado de la emergencia sanitaria, en el que la continuidad y regularidad del servicio cobran especial importancia. Por ello manifestó que era necesario fortalecer las redes y las capacidades de las empresas, teniendo en cuenta hacia dónde tenemos que ir con esta «nueva normalidad» con empresas sustentables, en el corto, mediano y largo plazo. Considera que éste es un gran reto para el Regulador y los operadores, en un delicado balance entre la competencia y los servicios que se prestan a los ciudadanos.

Finalmente, Juan Rivadeneyra en su exposición mencionó que en esta coyuntura es fundamental incidir en las bases de la regulación, atendiendo la necesidad de recrear el mercado y la regulación, entendiendo los roles y necesidades para trasladar mayor beneficio social y promover la innovación. Comentó que hay que reforzar el concepto de la imparcialidad del Regulador, como árbitro del mercado. Comparó a la regulación con la medicina, en el sentido que debe ser aplicada en el momento oportuno y en dosis adecuadas. Mencionó, asimismo, que hay que regular sobre principios y no tecnologías, prescindiendo del concepto que hay un mínimo de jugadores para que el mercado funcione. Señaló la necesidad de generar mayor conectividad para que internet sea el vehículo para el desarrollo social, aligerando la regulación de usuarios para concentrarse en lo que más le importa al cliente. Mencionó la distorsión que hay entre operadores *over the top* como el WhatsApp, cuyas fallas no son penalizadas a diferencia de servicios del operador local; si estos fallan, el operador debe efectuar devoluciones y pagar multas y sanciones. En ese sentido destacó, como impulso a la innovación, la experiencia Colombiana del Sandbox Regulatorio para probar servicios y soluciones con regulación flexible que permitirá saber cómo se comporta el servicio y reflexionar sobre su regulación. Respecto a Perú destacó la iniciativa de Osiptel de derogar normas de la década de 1990, así como la suspensión de la emisión de recibos físicos y la tramitación de reclamos con expedientes electrónicos.

Estas son algunas líneas que los lectores encontraran en la Memoria de las charlas. De este modo en una jornada sumamente enriquecedora pudimos apreciar la visión del Académico, el Regulador y el Operador, con notas comunes como la necesidad de contar con redes robustas, inversiones sostenibles y servicios que satisfagan las necesidades de comunicación de los usuarios.

1.2. TELECOMUNICACIONES: ¿CUÁLES SON LOS RETOS ACTUALES DE LA REGULACIÓN DEL SECTOR?

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ (ESPAÑA)

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid

Agradezco mucho la invitación para participar en un evento tan relevante como este. Es también una satisfacción personal poder transportarme —aunque sea de manera virtual— a una ciudad y a un país con el que me siento tan unido. En los últimos veinte años, no he dejado de colaborar con sus universidades y sus instituciones. De manera que, de verdad, ¡muchas gracias!

Las telecomunicaciones son servicios de interés económico general (servicios esenciales, o si lo prefieren, servicios públicos), que se prestan en régimen de libre competencia. No obstante, también sabemos que la liberalización de un sector no equivale a su desregulación. Las telecomunicaciones no solo deben respetar las normas horizontales de defensa de la competencia, sino que están sujetas a una intensa regulación y supervisión administrativa.

El sector de las telecomunicaciones se caracteriza por operadores globales, que operan en mercados locales. Un puñado de grandes operadores compiten en las distintas partes del mundo, entre sí y con prestadores locales. Sin embargo, la liberalización y la armonización internacional no consiguen evitar que los mercados sigan siendo nacionales. Hay que tener en cuenta que las infraestructuras se implantan en el territorio, sujetas a la regulación sectorial, urbanística y ambiental. El espectro radioeléctrico suele ser un recurso público (dominio público), cuya utilización requiere la obtención de los correspondientes títulos habilitantes. El análisis de los mercados corresponde a las autoridades nacionales, lo que hace que se puedan aplicar remedios distintos a situaciones similares, aunque se comparta la misma normativa, como es el caso de la Unión Europea. Es por eso que, como decimos, pese a todo, los mercados siguen siendo nacionales.

Siendo así las cosas: ¿Cuál es el papel de la regulación?

El término *regulación económica* es muy impreciso. En general, equivale a la intervención pública económica, sobre todo cuando se aplica a los sectores en red. No obstante, hay que aclarar que, en sentido estricto, el «regulador» es el Parlamento, ya que la regulación de los derechos y libertades económicas está reservada a la ley. La aplicación de la normativa es decisiva para el funcionamiento del sector, ya que las autoridades administrativas tienen amplias facultades de apreciación o decisión (discrecionalidad). Sin embargo, la «regulación» no comporta nuevas técnicas, ni nuevos principios. No hay nada nuevo ¡Es Derecho Administrativo y ya es bastante!, como bien lo saben «reguladores», abogados y jueces. Con estas advertencias, seguiremos utilizando el término regulación, pese a su imprecisión.

En primer lugar, la regulación debe crear las condiciones que posibilitan el ejercicio de la actividad económica, el ejercicio de la libertad. No hay mercado sin regulación. Este es un sector muy intensivo en capital, es decir, requiere grandes inversiones, que comportan cortes hundidos, con largos periodos de maduración, cuyos ingresos —en muchos casos— dependen del regulador. Por tanto, o hay seguridad jurídica o, sencillamente, no habrá inversiones. Los empresarios suelen decir que prefieren una mala ley a la inseguridad jurídica.

En segundo lugar, la regulación debe corregir los fallos del mercado. La competencia perfecta es un modelo teórico. Desde luego, el mercado de las telecomunicaciones dista mucho de ese modelo ideal, lo cual no significa que no esté funcionando en condiciones de competencia, real y efectiva. Ahora bien, los mercados competitivos no siempre son capaces de llevar la prestación a todos los usuarios, en adecuadas condiciones de calidad y precio. Esta es tarea del regulador. Las telecomunicaciones son servicios esenciales. El Estado debe asegurar la prestación de la actividad en aquellas zonas del territorio a las que no llega el mercado, en su caso, mediante la imposición de prestaciones forzosas (servicio universal).

En resumen, las dos funciones de la regulación son: crear las condiciones para el funcionamiento competitivo del sector y corregir los fallos del mercado. Lo que ocurre es que, para cumplir bien estas funciones, la regulación tiene que hacer un buen diagnóstico de la situación del sector.

Una vez más, hay que destacar que el hecho de que un sector sea oligopólico no significa que no esté funcionando en

condiciones de competencia. ¿Qué dirían de un sector en el que 10 millones de clientes cambian de empresa cada año? Pues bien, eso es lo que sucedió el año pasado en España en el sector de las telecomunicaciones.

A ello hay que añadir que la cuota de mercado de los tres principales operadores no deja de reducirse.

No se puede tampoco perder de vista la continuada pérdida de valor que está sufriendo el sector. La cadena de valor se está trasladando a las empresas que prestan servicios *online*, los grandes gigantes tecnológicos.

El resultado es que, en los últimos años, los operadores de telecomunicaciones han perdido casi un tercio de sus ingresos. Las empresas cada vez valen menos en bolsa. Es significativo que —después de tres décadas de promoción de competencia en redes—, este mes de agosto, un operador de infraestructuras «surgido de la nada» (Cellnex), haya llegado a valer en bolsa más que Telefónica.

Si el diagnóstico del sector es equivocado, ¿el remedio no puede ser acertado!

Así las cosas: ¿Cuáles son los retos actuales de la regulación en el sector?

De entrada, hay que alcanzar un nivel eficiente de competencia en infraestructura fija. La mayor parte de los países del mundo han optado por un modelo de competencia en redes. La alternativa hubiese sido un modelo de competencia en servicios, con un operador neutro de infraestructuras. Esto no quita que esta solución pueda ser utilizada en algunos casos. Así, en Perú existe una gran red troncal, que —si no me equivoco— es administrada por un operador neutro, que facilita las comunicaciones a lo largo de su territorio. No obstante, como les digo, la mayor parte del mundo ha optado por el modelo de competencia en redes.

Las redes tienen ahora que ser mejoradas. El objetivo son las redes de muy alta capacidad, que ofrecen seguridad en situaciones de muy alta demanda y de las que depende la prestación de los servicios que están por venir.

Así, pues, ¿qué hay que hacer para favorecer un modelo de competencia eficiente en infraestructuras (fijas)?

En primer lugar, *información*. La administración debe saber qué es lo que hay y qué es lo que se necesita. Sin información no se pueden

definir las políticas públicas. Es, pues, preciso imponer deberes de información a las empresas. La información no confidencial debe ser volcada al sector. La transparencia facilita las inversiones, nacionales y extranjeras. En este aspecto, insiste la nueva normativa europea.

En segundo lugar, hay que facilitar la construcción de las redes. El Estado tiene que asegurarse que los otros poderes públicos implicados (en particular, las entidades locales), no obstaculicen de manera indebida la construcción de las infraestructuras. El *acceso a la obra civil*, es esencial: el 80% del costo de una infraestructura se lo lleva el último kilómetro y medio, el que llega hasta el domicilio de los usuarios. Los acuerdos de coinversión no tienen por qué distorsionar la competencia entre operadores, sino que —con las debidas garantías— pueden facilitar una más rápida y eficiente implantación de infraestructuras.

En tercer lugar, no hay que obsesionarse con soluciones uniformes. No se sabe por qué el regulador siempre ha tendido a hacer una delimitación del mercado relevante de alcance nacional, cuando la evidencia es que las condiciones de competencia son muy dispares en las distintas partes del territorio. Normalmente, la competencia es intensa en las zonas urbanas, densamente pobladas. En cambio, la situación es completamente distinta en las zonas rurales. *La respuesta debe, pues, adaptarse a unas y otras.* En las zonas urbanas, en la mayor parte de los casos existe una competencia efectiva en redes fijas, por lo que hay que desregularlas. En cambio, en las zonas rurales hay que promover o asumir la implantación efectiva de las nuevas redes.

En cuarto lugar, en Europa, la introducción de la competencia en el sector se ha basado en el derecho de acceso a las redes del operador dominante, a precios regulados. No obstante, cada vez más, hay que sopesar esta medida, para no desincentivar las inversiones. ¡Hay que recordar cuál es la situación real del sector, que no deja de perder valor! De hecho, la nueva regulación europea, de finales de 2018, subraya la necesidad de tomar en cuenta los riesgos asumidos por el inversor, a efectos de decidir el alcance y condiciones del derecho de acceso a las redes.

En fin, no hay tiempo para desarrollar los otros retos del sector, pero en estos tres minutos finales quisiera destacar algunas cuestiones más.

El regulador suele asociar la competencia con el número de operadores presentes en el sector. Se encuentra más cómodo si hay

seis que cinco, cinco que cuatro y se pone muy nervioso, si solo hay tres. Sin embargo, esto puede ser un error, como ya advertió hace años, de manera juiciosa, Ed Richards, entonces presidente de la autoridad inglesa. La función del regulador no es conformar la estructura del mercado. Entre otras razones, porque nadie sabe cuál es el número de operadores que se requieren para que funcione de manera eficiente. Esto es algo que depende de las dinámicas del sector. Así lo han subrayado este mismo año —al enfrentarse a sendos procesos de concentración empresarial—, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Hutchinson/Telefónica), como un juez federal de Estados Unidos (T-Mobile/Sprint). La función del regulador no es, pues, predeterminedar el número de operadores del mercado, sino asegurarse que no existen barreras que obstaculizan el surgimiento de la competencia.

El servicio universal, muy importante en el Perú, del que ustedes saben tanto o más que nosotros.

Y la protección de los consumidores. Fíjense: a veces, asistimos a la paradoja de que existe una competencia feroz entre operadores, cuyos beneficios no se trasladan a los usuarios. La regulación debe, pues, proteger a los consumidores, que no solo deben beneficiarse de la competencia en el sector, sino que sus derechos deben ser respetados, de manera efectiva. A estos efectos, puede ser eficaz que la administración asuma funciones arbitrales en la resolución de conflictos.

Les agradezco mucho su atención.

1.3. RETOS DE LA REGULACIÓN EN ESCENARIOS INCIERTOS

RAFAEL MUENTE SCHWARZ (PERÚ)

Presidente del Consejo Directivo de Osiptel

Ciertamente, es muy difícil discutir sobre temas tan complejos, con muchas aristas y problemas coyunturales que afronta la regulación actualmente en tan breve tiempo. Quisiéramos explayarnos sobre esto, más aún inspirados en la excelente disertación que hizo el maestro Gaspar Ariño, la cual es un motivo para todos nosotros por el recorrido interesantísimo de la regulación y hacia dónde debe ir esta. El Perú es un particular ejemplo de cómo la regulación ha ido marcando el paso en distintos escenarios del tiempo. En 1974 existía una empresa estatal monopólica, tal cual la relató el maestro Gaspar Ariño, y actualmente tenemos una realidad muy distinta. Tenemos varios operadores, particularmente una competencia muy dinámica en el sector móvil, como suele darse en la mayoría de los países del mundo, y una serie de retos no solamente de corto plazo sino de largo plazo considerando cuál es el desarrollo del mercado, y cuál es la intensidad y dinámica competitiva que existe en el mercado.

El rol del regulador, sin duda alguna, es muy complejo. Es casi un arte, no solamente una ciencia en regular, porque existe una serie de intereses involucrados absolutamente legítimos buscando ser atendidos. Por un lado, en un entorno donde hay que promover siempre una fuerte dinámica y competencia en el mercado, sin dejar de entender que, por lo menos en el modelo peruano, los servicios públicos son prestados en última instancia por el Estado, siendo las empresas los vehículos por los cuales el Estado pretende dar servicios públicos de calidad a los ciudadanos. En esa perspectiva, la competencia es el vehículo, pero no un fin en sí mismo. Se ha determinado en nuestro modelo que la competencia es la mejor manera de generar los incentivos para satisfacer las necesidades de los servicios públicos como las telecomunicaciones.

Sin embargo, es crucial entender también por qué se da la regulación para competencia. Se debe regular para dar competencia. Pero, finalmente, la competencia termina siendo el vehículo de cómo se prestan servicios públicos o de interés general, en todo caso servicios donde exista un muy intenso interés público mostrado

por el Estado. En ese sentido, no hay que dejar de percibir, como bien lo dijo al final José Carlos Laguna en su intervención, que la protección del consumidor es un aspecto que tiene que estar considerada en la gestión del regulador. Esto porque hay distintos factores, y algunos muy notables, en lo que significa la prestación de un servicio público. Uno de ellos es la continuidad que implica la necesidad de que el Estado garantice que exista, por un lado, una cobertura, disponibilidad del servicio por parte de los usuarios; y por otro lado, la regularidad que implica un estándar mínimo de prestaciones de los servicios respectivos que satisfagan las necesidades de comunicación de los usuarios.

Particularmente en este contexto tan complicado que nos ha involucrado esta situación de emergencia sanitaria en nuestro país y en todo el mundo, estos aspectos de la continuidad del servicio y regularidad del servicio cobran especial importancia. Aquí quisiéramos abordar justamente estas palabras durante el corto tiempo que tenemos para entender de qué perspectiva el regulador peruano entiende de qué forma debemos fortalecer estas necesidades tan urgentes.

En el Perú, más del 70% de los hogares tienen acceso por lo menos a un servicio de telecomunicaciones. La aspiración de nuestro país es que tengamos accesibilidad del servicio a nivel de banda ancha en todo el país. Para eso, existen estrategias que van desde la competencia en el sector privado a cargo del regulador y, por otro lado, las iniciativas estatales que también buscan generar accesibilidad a los lugares remotos, como lo es, por ejemplo, la red dorsal nacional de fibra óptica que está a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). En ese sentido, en el contexto en el cual estamos existe especial urgencia no solo en el corto plazo sino, por supuesto, mirando más allá de lo que se habla de la nueva realidad, normalidad en la cual nos vamos a mover seguramente no solo durante unos meses, sino que va a transformar las relaciones económicas, sociales, actividades vinculadas como las productivas, en términos muy generales. Para ellos, es indispensable contar con conectividad y con niveles adecuados de comunicaciones que permitan a los usuarios, ciudadanos, vincularse productivamente en estos conceptos.

Ello, implica entender que el rol del regulador debe ser entendido en su integridad. Se trata de «modelar» hasta cierto punto el curso de la actividad competitiva dentro de un determinado estándar de servicio. Para que exista determinada calidad del mismo hay que desarrollar competencia, sin duda. Pero no necesariamente

la competencia en sí misma va a generar todas las características técnicas que permitan un nivel de conectividad que responda a las reales necesidades de un mercado determinado en el largo plazo. Es por ello que, como hay que un nivel aceptable de calidad, se debe también establecer parámetros adecuados que permitan a los usuarios contar con una red suficientemente preparada para disfrutar de los servicios que siguen creciendo en su variedad y requerimientos técnicos.

Sin embargo, esto requiere un delicado balance considerando las características del mercado, puesto que se puede comprometer la capacidad de inversión de las empresas e incluso la sostenibilidad de la imprescindible inversión. Esta sostenibilidad implica la necesidad que las empresas sean sustentables económicamente, que exista una perspectiva de rentabilidad de corto, mediano y largo plazo de las empresas, más allá de los vaivenes que tiene el sistema competitivo en nuestro país. Recordemos que existe una guerra de precios en el sector, particularmente en las telecomunicaciones móviles y ello, como siempre ocurre, ha generado una reducción fuerte de los niveles de rentabilidad operativa de las empresas. En ese contexto nos encontramos una industria en el Perú bastante afectada por la presión competitiva que se ha dado y, por otro lado, la necesidad de desarrollar y promover conectividad cada vez mayor en nuestro país. Por ello, promover la competitividad e inversiones rentables y sustentables en el país son grandes retos para los operadores y el regulador. Esto nos permite concluir que en Perú existe un gran nivel de desarrollo esperado por el sector.

Ahora bien, hablando un poco de cifras económicas, vemos con lógica preocupación el impacto de la economía por las medidas adoptadas por el gobierno peruano en el contexto de la pandemia que venimos sufriendo. Ello viene generando una fuerte caída del producto bruto interno. Pero lo que no se ha advertido en estas cifras tan importantes es que dentro de este contexto el sector de las telecomunicaciones sigue creciendo. Este sector en el contexto de una caída de dos dígitos de la economía ha crecido en más de 7%, presidido por un crecimiento del 5% en marzo. Entonces existe, por supuesto, una mayor demanda de los servicios de las telecomunicaciones en el país, lo cual requiere manejar la regulación con un nivel muy cuidadoso de balancear la necesidad de los usuarios de comunicarse de manera urgente a través de los medios de telecomunicaciones, considerando particularmente hacia dónde tenemos que ir en esta nueva normalidad, incluyendo un comercio electrónico mucho más fortalecido y, por supuesto, actividades académicas como esta que no se podrá dar presencial sino virtual,

lo cual requiere un fortalecimiento de las redes y las capacidades de las empresas de las telecomunicaciones.

Frente a ello, los retos de la regulación en el sector son bastante complejos, lo cual implica acelerar y generar los incentivos para que las empresas inviertan, sigan siendo rentables, pero al mismo tiempo asegurar que la razón por la cual existe este enorme edificio construido a lo largo de las décadas; es decir, el sistema regulatorio que propicia la competencia, el objeto final de esta competencia es la prestación de los servicios de los ciudadanos. Esto último no puede ser dejado de lado porque, finalmente, es el Estado el que debe garantizar este nivel de prestación pública de tan intenso interés público a través de un marco normativo y económico que propicie este servicio a su destinatario final: el propio ciudadano. No debemos olvidar que las empresas y la competencia no pueden dejar de lado que el objetivo final es el ciudadano. En ese sentido, tenemos siempre que mirar ese delicado balance que existe por parte del regulador, que además requiere confianza por parte de los inversionistas. Parte del rol del regulador es garantizar la necesaria predictibilidad y seguridad jurídica.

1.4. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN CREADORA

JUAN RIVADENEYRA (PERÚ)
Director de Regulación de Claro
Profesor universitario

Ante todo, quisiera agradecer a la Universidad Norbert Wiener y, especialmente, por la oportunidad que nos ha permitido disfrutar de la intervención del profesor Dr. Gaspar Ariño. Sin duda, cualquier profesional involucrado en el estudio o a la dedicación profesional del derecho de las telecomunicaciones no puede dejar de tomar como referente al Dr. Gaspar Ariño. Recuerdo gratamente que, junto con la moderadora, la Dra. Hortencia Rozas, hace más de veinte años tuvimos la ocasión de departir en Madrid con el Dr. Ariño, en un evento organizado por Fundación Telefónica.

Las referencias y enseñanzas que hemos escuchado en estas ponencias nos llevan a reflexionar sobre los puntos y temas básicos a observar, sobre todo de cara a esta coyuntura especial por la cual estamos atravesando y, en lo especial, para el regulador. Es fundamental incidir en las bases de la regulación que nos enseña la academia, ya que ello debe tomarse en cuenta al momento de ser desplegadas en un sector como el de las telecomunicaciones. Sobre esto, el Dr. Gaspar Ariño escribió un artículo llamado «Logros y fracasos de la regulación», que tiene más de veinte años. En este se utilizaba una frase muy importante: «es necesario recrear el mercado y la regulación».

La situación de pandemia por la cual estamos atravesando pone sobre el tapete la importancia de «recrear» (en los términos del Dr. Gaspar Ariño) la regulación, sobre todo entendiendo los roles y las necesidades que esta nueva coyuntura va a generar de cara a trasladar el mayor beneficio social, promover la mejor manera la inversión en un país, en tanto que esta pandemia, sin duda, repercute en el bienestar social.

Lo primero que quisiéramos reforzar es el concepto que se tiene en Latinoamérica del regulador. El regulador es técnico e independiente, debe actuar de manera imparcial, como un juez, *tertius inter partes*, con dos aptitudes: es imparcial en su función,

y naturalmente imparcial. Esto quiere decir que, al momento de realizar su actividad, no debe regirse ni tomar en consideración cierta preferencia por una u otra parte, ni empresas ni usuarios; el regulador es juez, un árbitro del mercado. Más aún, como menciona el Dr. Gaspar Ariño, el regulador social funciona como el regulador físico de la caldera de vapor. Con este ejemplo, se nos enseña que a través de un mecanismo se regula la temperatura, la presión, velocidad para la generación de vapor. Si esta actividad de regulación no se hace de manera adecuada, el sistema colapsa como la caldera colapsa, explota, se destruye. Esto es muy importante de entender. La regulación debe tener esta característica de equilibrio, de no partir por *default* de una actividad que tiene por objetivo proteger a una de las partes, sino que algo que sea absolutamente aséptico en su ejercicio.

La otra característica importante es tomar en cuenta que la regulación resulta siendo comparable con las medicinas, y ello se puede demostrar con lamentables ejemplos sucedidos en el Perú. La medicina debe ser aplicada en el momento oportuno y con la dosis adecuada. Si medicamos en exceso a una persona corremos el riesgo de intoxicarla; si no se aplica la medicina en la dosis suficiente, puede que esta sea una medida inefectiva. Lo que más preocupa son aquellos casos donde la regulación excede la dosis recomendada, para hablar en términos médicos, la posología recomendaba. En Perú tenemos varios ejemplos de excesos regulatorios, como el generado por el Ministerio del Interior (Mininter), que exige la identificación biométrica cada vez que una persona adquiere una línea móvil. En el Perú, ya hubo pues una sobredosis de esta medicina que mató un paciente: Virgin Mobile. En su momento, este nuevo operador móvil virtual tuvo que salir del país por este esquema de regulación excesiva que le imponía las leyes generadas por el sector interior.

Es fundamental tomar en cuenta este tipo de consideraciones e importantísimo preservar al momento de desarrollar la actividad regulatoria el principio que se regulan principios y no tecnologías. Debemos prescindir del preconcepto que hay un determinado mínimo de jugadores en un mercado que se requieren para su normal funcionamiento. Diríamos que, en el Perú, no ha habido una delimitación del número mínimo de operadores en el mercado de telecomunicaciones, lo cual a nuestro modo de ver es correcto. Sin embargo, hay una situación peor, y es que usualmente se dice que, a más operadores, más competencia. Este preconcepto no resulta siendo lo más idóneo al momento de tomar decisiones sobre la ejecución de licitaciones sobre frecuencias. Cada vez que hay limitaciones de recursos escasos como de frecuencias

tenemos el mismo preconcepto, que se va a permitir el ingreso de un nuevo operador; esto es errado. Entre una y otra opción, independientemente de mi situación profesional actual, es preferible y es más conveniente para un país que, como en un ring de box, en vez de haber cinco peleadores chiquitos, débiles, haya dos o tres grandes «peleadores» que brinden un mejor espectáculo en el mercado, es decir una fuerte lucha y competencia entre ellos, porque eso va a generar más beneficio social. Dos o tres grandes jugadores tienen mayor capacidad de invertir y generar más competencia agresiva que un escenario donde hay una multiplicidad de operadores chicos.

Finalmente, la coyuntura actual de la pandemia está generando la necesidad que la regulación se ponga al día. Esta es una cuestión fundamental en Perú y en Latinoamérica, que tiene que abordarse con la urgencia que el caso amerita. Si antes de la pandemia las autoridades, los reguladores, los ministerios de comunicación de la región, estaban en esta discusión sobre la adopción de la tecnología 5G en los celulares, hoy en día esto pasó a un segundo plano; hoy se está hablando de la necesidad de generar la mayor conectividad posible: que el internet sea el vehículo que nos permita desarrollarnos socialmente como actualmente estamos desarrollando todos nosotros en varios aspectos de nuestra vida como medicina, educación, capacitación, adquisición de bienes, para los cuales es necesario el internet.

En esta coyuntura se va a demandar un esfuerzo importante para adecuar la regulación, con el agregado que la situación actual de las operadoras en Perú presenta unas características especiales. En efecto, como Osiptel lo ha declarado, conforme al Índice de Herfindahl e Hirschman (IHH), que mide el índice de concentración de mercado, se ha llegado al índice más bajo de toda la historia a costa de, probablemente, la existencia de demasiados jugadores y, sobre todo, de un efecto que hoy en día se está apreciando en el mercado: la notable depresión de los ingresos. En Perú, hasta diciembre del 2019, según el Bank of America & Merrill Lynch era el último país en el mundo en términos de márgenes de ingresos de EBIDTA.

En el primer cuarto del 2020, somos penúltimos. ¿Qué significan estas cifras gravísimas? Bueno, hay una situación que está poniendo en serio riesgo la sostenibilidad de la industria en un contexto donde se demanda mucha conectividad, donde cada vez se incorpora más la necesidad de contar con servicios de telecomunicaciones, pero, además, en una situación donde en muchos países en la región, la

regulación puede estar jugando un rol muy importante sobre lo que finalmente va a repercutir en términos de bienestar social. La demanda de los servicios de telecomunicaciones no se ha detenido, pero los canales para acceder a estos servicios en este momento tienen una limitación muy seria. Lamentablemente, el Perú es el único país de la región donde no se permite abrir tiendas físicas para proveer servicios de telecomunicaciones. Lo que hoy día está permitiendo las transferencias bancarias, citas médicas, comida desde nuestro domicilio, no puede ser vendido a través de las tiendas físicas.

Entonces, necesitamos contar con una regulación de usuarios más ligera y que concrete la atención sobre todo en aquello que realmente le importa al cliente. No tanto en cumplimiento de estándares técnicos; lo que se demanda actualmente es el impulso de una regulación más ligera, centrada en el usuario, que mejore las condiciones para fortalecer la conectividad y competitividad. Por ejemplo, esto se puede apreciar en la distorsión que existe entre muchos operadores *over the top* (OTT) como el WhatsApp. Si se llegase a reportar un problema en la red mundial o regional de WhatsApp que afecte el servicio, este no va a estar sometido a indicadores de calidad, devoluciones de dinero, sanciones, o aplicar un régimen tributario por parte de ningún gobierno. En cambio, si se cae la red de un operador local, que eventualmente podría ser un servicio sustituto, al operador local se le suele exigir la devolución del dinero, se le impone multas y sanciones y se le somete a una serie de severas obligaciones (a diferencia de WhatsApp que no las asume). Esta nueva recreación que mencionó el Dr. Gaspar Ariño son tareas que se deben abordar en el muy corto plazo, ya que las consecuencias negativas se ven de inmediato.

Por otro lado, quisiéramos destacar dos experiencias regionales que vale la pena mirar para su posible adopción en el Perú. Hay un caso muy importante desarrollado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (CRC) que acaba de anunciar el lanzamiento del primer Sandbox Regulatorio. Esta es una figura relativamente nueva en el mundo, en la cual se habilita un mecanismo que permite a los operadores probar productos, servicios o soluciones sujetos a un marco regulatorio flexible por cierto periodo de tiempo en una zona geográfica determinada y en un ambiente controlado. La finalidad de este proyecto es saber qué sucede, cómo se comporta si este servicio se desarrolla desprovisto de cierta regulación. Esto, a su vez, tiene un producto muy importante: permite al regulador tomar decisiones y reflexionar sobre la necesidad de mantener o no las normas en el tiempo.

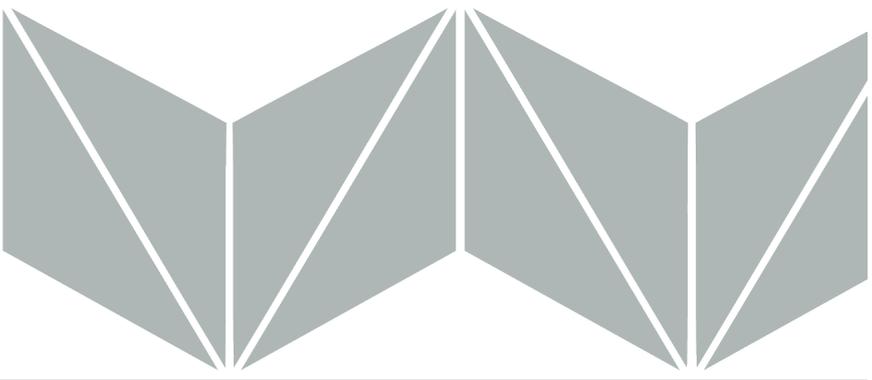
Es importante que vayamos enseñando estas posibilidades de implementar Sandbox Regulatorio en el Perú, para lo cual no se necesita una regulación más de la que dentro de sus competencias puede delimitar el propio organismo regulador. Sin duda su implementación beneficiará el impulso de la innovación tecnológica y el acceso y uso de estas, a fin de beneficiar a la comunidad.

El otro tema que es importante es la implementación de los llamados *red tapes*, que en el caso de Colombia se ha implementado a fin de poder reducir, simplificar el parque normativo a efecto de derogar aquellas normas que han quedado obsoletas o ya no resultan necesarias y que eventualmente pueden estar generando distorsiones al regulador y operadores en la práctica. Hay que reconocer que en Perú se ha iniciado un procedimiento parecido, a través de la Resolución de Consejo Directivo N°. 052-2020-CD/Osiptel donde se ha derogado algunas normas antiguas de la década de 1990, necesidad que ha sido bien recogida y que se debe seguir implementando y profundizando de ahora en adelante, sobre todo en esta nueva coyuntura.

Finalmente, se debe resaltar que la pandemia ha demostrado que a veces los prejuicios o temores de los que tomamos decisiones del otro lado del Estado nos enrostra ciertas enseñanzas. Por ejemplo, El Decreto de Urgencia 035-2020⁹ dispuso que las empresas del sector de telecomunicaciones podrían suspender la emisión de los recibos físicos, estando autorizadas a entregar todos los recibos a los usuarios a través de medios digitales. Lo que hace un año podía generar un debate sobre su viabilidad, hoy en día nadie duda que es sumamente beneficiosa. Asimismo, también se saluda la posibilidad de interactuar a través de la elevación de expedientes de queja o de apelaciones, todos a través de medios electrónicos. Sin duda, esta es la ruta que la regulación debe seguir apuntando para adecuarse a los nuevos tiempos.

⁹ Decreto de Urgencia N°. 035-2020 que establece medidas complementarias para reducir el impacto en la economía nacional, del aislamiento e inmovilización social obligatorio dispuesto en la declaratoria de estado de emergencia nacional, así como para reforzar sistemas de prevención y respuesta sanitaria, como consecuencia del COVID-19.

2. SECTOR ENERGÍA: Reformas regulatorias urgentes y el futuro de las energías renovables en el Perú



2.1. PRESENTACIÓN

JOHNNATAN PALOMINO (PERÚ)

Abogado especialista en Regulación y Energía. Jefe de Regulación en Kallpa Generación S.A. y docente universitario

Antes del estadio particular en que nos encontramos este año, ya existían intentos de reformas en marcha en el sector eléctrico, tanto por parte del Ministerio de Energía y Minas- ente rector de este sector- así como por el organismo regulador, Osinergmin, ante la necesidad de resolver varias distorsiones producidas durante los últimos años en los distintos segmentos de la cadena productiva en este mercado: generación, transmisión y distribución.

En ese contexto, por ejemplo, el gobierno peruano ha venido aprobando algunas normas que incentivan el ingreso de nuevas centrales de generación eléctrica con recursos energéticos renovables no convencionales (RER), tales como eólicas y solares. Así, el año pasado, Osinergmin aprobó el reconocimiento de Potencia Firme a este tipo de centrales de generación. Es probable que hablemos de una especie de intención por parte del Estado de efectuar una «transición energética» en cuanto al mayor uso de este tipo de fuentes de energía en la matriz de generación de nuestro país; sin embargo, aún no podríamos hablar de una política de reforma debidamente estructurada e integral.

En toda reforma regulatoria que el Estado pretenda llevar a cabo, debe tener en cuenta el impacto que las medidas a ser aprobadas generarán en todos los agentes que participan en el mercado eléctrico, ya que estamos frente a una industria de redes, interconectada a nivel nacional, y ante un sistema eléctrico que tiene reglas comerciales y reglas técnicas que siguen para que la existencia de un mercado sea factible y, por lo tanto, el desarrollo de la inversión en la infraestructura y mejora en la calidad del servicio público también pueda darse.

De esta manera, las medidas que las entidades públicas competentes en el sector eléctrico aprueben deben buscar fomentar la competencia, sin otorgar beneficios especiales a un tipo de tecnología en particular respecto de las ya existentes en la matriz energética, las cuales, además, han realizado inversiones de muy

largo plazo y con ello han contribuido con el desarrollo y crecimiento de la electrificación en nuestro país. La competencia como medio para buscar mayor bienestar social a través del desarrollo de los mercados debe velar por que todos los participantes compitan en igualdad de condiciones.

Es preciso entonces preguntarnos si como país, desde las dos grandes reformas regulatorias en el sector eléctrico ocurridas en el año 1992 (con la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Ley 25844) y en el año 2006 (con la Ley N°. 28832), estamos apuntando a un objetivo claro, con una política energética debidamente estructurada y con visión de futuro, o si, de lo contrario, tenemos aún muchos retos que asumir en ese camino.

2.2. LO QUE SE DEBE Y NO SE DEBE HACER PARA LOGRAR LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA: CASO DE MÉXICO

SUSANA CAZORLA (MÉXICO)

Consultora internacional. Ex titular de la Unidad de Análisis Económico de la Comisión Reguladora de Energía de México

En esta oportunidad quisiera abordar el contexto de México; en otros términos, lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer. Recientemente, el Foro Económico Mundial (WEF) sacó un reporte con un índice de transición energética para ciento treinta países. Resulta muy interesante ver cómo esta evaluación se basa en tres dimensiones muy importantes: crecimiento y desarrollo económico, sostenibilidad ambiental y acceso y seguridad energética. Este último es multivariable.

El éxito y equilibrio de estos tres componentes depende de qué tan preparado está un país para la transición, así como para lograr que los sistemas energéticos sean inclusivos, asequibles, sostenibles y seguros. Para que este nivel de preparación sea elevado, tiene que haber compromiso político, reguladores fuertes, y una regulación transparente y vigente, lo cual se debe estar actualizando constantemente. La transición energética es multivariable, se tiene que estar trabajando constantemente para que pertenezca y sea de largo plazo.

Cómo se puede observar, los países con mayor calificación en este índice de transición energética dentro del G20 comparten los siguientes componentes: todos los países de mayor calificación tienen limitaciones a los subsidios energéticos; han reducido las dependencias en las importaciones, lo cual se refleja en mayor seguridad energética; tienen un aumento en los compromisos políticos para promover la transición energética y detener el cambio climático; y, finalmente, se ve claramente la obtención de beneficios en la intensidad energética del Producto Bruto Interno (PIB).

Así, los cinco países de América Latina mejor evaluados dentro de esta lista son: Uruguay, Colombia, Costa Rica, Chile, Perú y, en décimo lugar de la lista de países de Latinoamérica, se encuentra México.

¿Qué hizo México para ir subiendo en este índice? En 2013 se hizo una reforma constitucional y legal para impulsar la competitividad del sector y la transición energética. Fue un cambio de ideología hacia mayor competitividad y reducir los efectos negativos de mantener, a toda costa, los monopolios estatales. Por ejemplo, la Comisión Federal de Electricidad (en adelante, la CFE) ya no iba ser la única que iba a vender la energía al usuario final, sino también los privados. Además, se modifica la Ley de Transición Energética donde se establecen metas muy importantes para lograr una energía mucho más limpia. Así, la CFE se separa en filiales y subsidiarias que debían operar de manera independiente, cada una maximizando su rentabilidad y teniendo como objetivo una mayor penetración de energías renovables en la matriz energética para lograr la transición.

¿Cuáles son los hitos y las instituciones que surgieron a raíz de la reforma en el sector eléctrico mexicano? La CFE se transformó y se creó el mercado eléctrico mayorista (MEM) a efecto de despachar primero la energía más económica, sin importar si esta es generada por la CFE o por generadores privados. La transmisión y distribución se quedan como actividades estratégicas y, por tanto, son actividades que solo pueden ser desarrolladas por la CFE. Asimismo, se crea el Cenace (Centro Nacional de Control de Energía) como operador independiente del MEM.

En resumen, la reforma constitucional tiene los siguientes hitos:

Se abre el mercado de la generación eléctrica y se crea el mercado eléctrico mayorista, en donde centrales eléctricas tanto de CFE como privados pueden vender energía directamente a los usuarios finales.

Se transforma la figura de CFE de monopolio estatal a una Empresa Productiva del Estado, para lo cual se hace una separación vertical y horizontal del monopolio estatal de electricidad.

Se crea la figura de *empresa productiva de mercado* para nombrar a Pemex y CFE y se crea el Cenace.

Se desarrollan las subastas de energía a largo plazo que servirían para conseguir la energía más barata, más limpia y, que en ciertos casos, permitiría desarrollar nueva infraestructura de transmisión.

La tarifa eléctrica debe ser calculada por el regulador (Comisión Reguladora de Energía) con una metodología transparente y desagregada, y el Ejecutivo Federal mantiene la atribución de subsidiar las tarifas eléctricas.

Se establece una meta del 35% de generación con energías limpias para el 2024.

Se desarrolla la generación distribuida.

Los resultados se aprecian en indicadores como los siguientes:

La capacidad instalada de generadores privados aumentó para alcanzar a mayo de 2020 un 47% de la capacidad instalada total; de esta, más del 40% es a base de energías limpias.

La energía generada (MWh) por fuentes renovables fue de 23% en mayo de 2020.

El éxito de las subastas de largo plazo del mercado eléctrico mexicano, celebradas entre los años 2015 y 2017, que fomentaron energías renovables como la solar y eólica. A modo de ejemplo, los precios de la subasta en energía solar fueron de USD 44.97 por MWh en la primera subasta, USD 31.22 en la segunda subasta y USD 21.34 en la tercera subasta. Lamentablemente, la nueva administración ha cancelado estas subastas. A diciembre de 2019 se tenían 130 mil contratos de generación distribuida con casi 900 MW de capacidad instalada.

La política energética que se planeó con esa reforma de 2013 en México buscaba un suministro energético confiable, eficiente y sostenible para el país. Buscaba avanzar en el sentido correcto hacia una transición energética e ir sustituyendo a los combustibles sucios por otros más eficientes y limpios y así lograr sustituir la leña como combustible por gas LP, el gas LP por gas natural, y el gas natural por energías renovables para la generación de electricidad.

La política energética iba en el camino correcto, pero con la política actual del nuevo gobierno esto cambió. Hoy en día los objetivos son diferentes, así se observa en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo del 2019-2024, cuya meta es el «Rescate del sector energético» a partir del impulso que el Gobierno Federal da a las empresas estatales como Petróleos Mexicanos (PEMEX) y CFE, que busca devolver el poder a los monopolios. Se crea un programa sectorial, que ahora está en consulta pública, en donde se tiene como meta «alcanzar la autosuficiencia energética sostenible», que, si bien es necesaria, esta no es eficiente, pues se basa en combustibles fósiles. Además, hay un aumento en la producción de petrolíferos con alto contenido de azufre, y algo muy delicado que es cambiar las reglas del despacho del incipiente MEM en México. En lugar de buscar y despachar las energías eficientes económicamente,

ahora buscan un despacho discrecional que esté en función de las necesidades de la CFE o Comisión. El operador eléctrico Cenace está negando el despacho a las plantas renovables nuevas con el argumento de saturación en la red de transmisión (los afectados ya se están defendiendo legalmente y han ido ganando suspensiones de estos actos a través de juicios de amparo por la vía judicial). En otras palabras, en este proyecto de la política actual las energías renovables estorban, lo cual es un tema muy delicado.

En conclusión, la planeación energética debe ser de largo plazo y estar más blindada ante cambios en el gobierno. Los órganos reguladores independientes y autónomos son fundamentales para garantizar reglas y piso parejo. Por otro lado, la estrategia de comunicación es fundamental para lograr que la transición energética sea tomada como propia por los ciudadanos. A su vez, la transición energética debería ser deseable por sus méritos propios y se debe buscar que los ciudadanos vean estos beneficios como propios. Finalmente, la transición energética debería entenderse como un tema de interés público, no solo como inversión privada; para esto, la estrategia de comunicación es fundamental para lograr una mayor penetración de la importancia de las energías renovables.

2.3. LA NUEVA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO PERUANO

LUIS ESPINOZA QUIÑONES (PERÚ)
Exviceministro de Energía

La Nueva Reforma del Sector Eléctrico Peruano: ¿Por qué se hizo la Reforma Eléctrica en el año 1992?

Como se señaló, el Perú ha recorrido un largo camino en la reforma eléctrica (desde un Estado dueño de las empresas y de todo el sector energético a la progresiva liberalización del servicio). Es así como, en estos momentos, se encuentra en una etapa de reevaluación del modelo para introducir las mejoras a que hubiera lugar.

Para empezar, se debe mencionar que la reforma del sector electricidad en 1992 nació producto de un contexto de crisis energética debido a la falta de diversificación de las fuentes y la deficiente gestión del Estado (el Estado empresario había fracasado). La preocupación del Estado por regular las tarifas eléctricas lo llevó, erróneamente, a hacer empresa, hecho que no aseguró mejores tarifas, ni mejor calidad en el servicio.

En ese sentido, la liberalización del sector eléctrico nace para darle fortaleza al marco regulatorio nacional. El Estado no podía poner reglas transparentes si era, al mismo tiempo, dueño de las empresas. El sector eléctrico necesitaba reglas claras. El resultado de la privatización es que la generación y transmisión de energía eléctrica siguen siendo áreas liberalizadas; sin embargo, la distribución tiene participación privada (en Lima) y pública en las regiones del país donde el Estado empresario atiende a solo dos millones y medio frente a siete millones en el total del país. El problema que trae esto es la calidad del servicio, sobre todo en distribuidoras regionales.

Por tanto, si se quiere tener gestión y operación eficientes del sector eléctrico, se tiene que manejar como una empresa privada. Al respecto, Colombia es un aislado ejemplo de gestión pública y eficiente; aunque es un modelo muy difícil de mantener en el tiempo. En el caso del Perú, este creció gracias a tener energía eficiente en el momento oportuno (2004 a la fecha). No se puede olvidar que la

minería, que es la actividad motora de la economía del Perú, creció gracias al potencial eléctrico.

Las cifras de Osinergmin (Perú: evolución del Mercado Eléctrico) respaldan este crecimiento. Si se compara, por ejemplo, la cantidad de clientes y el nivel de cobertura en un periodo que va de 2004 a 1992 se tiene que en 1992 el mercado eléctrico peruano tenía dos (2) millones de clientes y un 45 % de cobertura; mientras que, en el 2018, se tienen 7.4 millones de clientes y un 92.5% de cobertura. Este salto es importante si comparamos el crecimiento del sector eléctrico (privatizado) con otros sectores, por ejemplo, el agua (estatal): Lima tiene 100% de electricidad, pero no se puede decir lo mismo del abastecimiento de agua potable. De igual manera, en el mismo periodo de tiempo se han reducido considerablemente las pérdidas de un 24% en 1992 a un 16.3% en 2018. Y lo mismo puede decirse de la mejora en la rentabilidad sobre el *equity* (ROE) que en 1992 era 2.8% y en 2018, 17.6%.

Entonces, se puede decir que los resultados de la reforma de liberalización del sector eléctrico son positivos, ya que las empresas privadas han visto un negocio atractivo que les ha otorgado ganancias y en el que han decidido invertir.

¿Cuál es la situación en 2020?

Actualmente, estamos en crisis. A respecto se debe tener en cuenta que los costos marginales se elevan cuando no hay generación suficiente, cuando no hay señales para la inversión, cuando existen restricciones en el mercado eléctrico, etc. Así, cuando se favorece la competencia se desploman los costos marginales. En ese sentido, dado que en estos tiempos la demanda va a decaer por la crisis de la COVID-19, los precios en los mercados de oportunidad también van a caer (mercados de spot o mercados de corto plazo) y ello va a generar oportunidades para los clientes.

¿Qué mejoras se deben hacer?

En primer lugar, mejoras en la seguridad. Por ejemplo, no se debe perder la diversificación de fuentes (renovables y gas natural) que debe ir acompañada de un uso eficiente de las mismas.

En segundo lugar, mejorar precios de la electricidad para fomentar precios de generación competitivos y facilitar el acceso a los clientes. Este factor es clave y fue uno de los más destacados en la reforma del 2006, pues «solamente funciona la competencia cuando los clientes acceden a los mercados» («Libro Blanco de la

Reforma» de Osinergmin). En esa misma línea, es crucial la creación del comercializador independiente como dinamizador del mercado.

En tercer lugar, resolver los problemas de planificación y regulación de infraestructura (acceso a las redes de distribución). Por ejemplo, regular eficientemente la generación distribuida (clientes que acceden al mercado para depositar energía que les está sobrando).

En cuarto lugar, cambiar la percepción respecto a los objetivos de política energética del Estado. El Estado puede tener ciertos objetivos de política energética, pero no puede obligar a las empresas a asumirlos en el presente; más aún si esos objetivos son a largo plazo. El Estado debería coadyuvar en el cumplimiento de esos objetivos.

Al respecto, se debe recordar que la Ley N°. 25844, uno de los pilares en materia de concesiones eléctricas de 1992, tenía el objeto de reducir las barreras para que los clientes accedan a nuevos mercados de compra de electricidad. En ese sentido, establecía que las actividades que pueden ser competitivas tienen que mantenerse como no reguladas (cliente libre). Entonces, si la compra de electricidad es competitiva, la comercialización también. Por tanto, la comercialización es un monopolio y debe promoverse.

Asimismo, se tiene problemas en la distribución porque, al tener las empresas dos facetas —dueño de la red y comercializador—, evitan la competencia; usando la red como excusa. Por eso, el tema central de una reforma del sector eléctrico es la comercialización, porque se debe promover competencia para bajar los precios. El regulador solo ayuda a quitar barreras.

De otro lado, se tienen las energías renovables que han representado una experiencia importante en el Perú. El Estado permitió que ingresaran ciertas tecnologías que, en una competencia por precio, no hubieran logrado ingresar al mercado peruano. Sin embargo, el problema es que los costos de promoción o subsidio de las energías renovables terminan siendo pagados por el público, cuando es el Estado el que debería asumirlos como parte de una política de Estado. En estos momentos de crisis se requiere bajar los costos, quitar elementos de las tarifas que pueden ser asumidos por el Estado; esto fomenta la competencia y ayuda a reducir la morosidad.

Por todas estas razones, se considera que una nueva reforma, a la luz de la crisis actual, debe llevarnos a evaluar qué costos fijos pueden ser liberados y asumidos por el Estado.

2.4. PERSPECTIVA PARA LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN EL PERÚ: RETOS Y REFORMAS NECESARIAS

DANIEL SCHMERLER VAINSTEIN (PERÚ)
Expresidente de Osinergmin

a. Acerca del sector eléctrico en el Perú:

En 1992 se dio una gran reforma del mercado eléctrico en el Perú. Esto porque, desde fines de la década de 1960, hubo un control absoluto del Estado e integración vertical de todos los componentes del negocio eléctrico (generación, transporte y distribución y comercialización, a través de Electroperú y Electrolima).

Es así como, con el Decreto Ley N°. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas de 1992, se dieron medidas orientadas a reformar el sector y que significó un cambio en el modelo de manejo estatal de la electricidad. Sin embargo, a pesar de lo valiosa que fue esta reforma, se debe tomar en cuenta que el sector electricidad es dinámico y está en continua evolución. Por eso, catorce años después, luego de un estudio importante iniciado en 2004 hasta el 2006 (recogido en el llamado «Libro Blanco»), se llevaron a cabo nuevas reformas.

Así, en el 2020, nuevamente catorce años después, como si fuese una historia cíclica, es que, nuevamente, se hace necesario un debate para la realización de reformas de segunda generación vinculadas a la transición energética y con una visión de largo plazo con reformas integrales. Por ejemplo, se debe abordar la generación con Recursos Energéticos Renovables (RER) no convencionales, que no fue materia de la reforma del 2006, sino que aparece en el 2008. Al respecto, se debe precisar que al hablar de RER no convencionales solo se hace referencia a la energía producida por fuentes propias de la naturaleza (fuentes eólicas, fotovoltaicas, mareomotriz, etc.), excepto el agua que es una RER convencional.

b. Transición energética

Implica un cambio estructural en el desarrollo de los sistemas energéticos. No es un concepto nuevo, sino que refleja los cambios energéticos en el tiempo (por ejemplo, el cambio en el uso de carretas, por vehículos, etc.). Así, en este momento, la transición

energética del siglo XXI está signada por el desafío del calentamiento global (la generación de gases invernadero por la utilización de combustibles fósiles en la producción de energía).

Por tanto, para lograr una manera sostenible en la generación de energía se deben considerar algunos elementos. Primero, la mayor penetración de generación con fuentes renovables no convencionales. Actualmente, la normativa peruana establece un tope de 5% para esta generación. Dicho tope en realidad se ha convertido en un límite para las RER, pues ya ha sido alcanzado.

Segundo, la descentralización que está vinculada con la generación distribuida. Es decir, la capacidad de producir la electricidad en fuentes que estén ubicadas cerca de las zonas donde están los clientes (hogares, comercios, industrias, etc.). En el Perú, la mayor parte de generación de energía se ubica en la zona central del país, en la sierra. Esto genera que haya largas líneas de transmisión. Por ese motivo es necesario potenciar el uso de las RER no convencionales, por ejemplo, en el sur la energía solar y en la costa la energía eólica.

Tercero, el desarrollo de tecnologías de almacenamiento, porque las RER no convencionales se caracterizan por su intermitencia. Por ejemplo, la energía solar depende de la luminosidad que es exclusiva a las horas del día y la energía eólica depende de los movimientos variables de las corrientes de aire.

Cuarto, desarrollo de la electromovilidad. Este concepto no solo implica el uso de vehículos eléctricos, sino también asegurar que la energía de la cual se abastezcan dichos vehículos provenga de RER no convencionales.

c. Avances y pendientes:

En agosto del 2019 se dio el que objetivamente es hasta ahora el avance más destacado del sector en materia de RER no convencionales: cuando el Osinergmin emitió la resolución que otorgó potencia firme a las plantas generadoras sustentadas con RER no convencionales. Esto les brindó competitividad a estas fuentes, sobre todo a la eólica, frente a otras RER convencionales, como la hidroeléctrica, o incluso frente a fuentes de carácter más bien fósil como es el caso de la energía térmica a base de gas.

Sin embargo, este avance representa una etapa dentro de un proceso más grande que implica, por ejemplo, la separación del componente de potencia y de energía (propuesta y estudio que

fue remitido en su momento por Osinergmin al Ministerio de Energía y Minas y a la Comisión de Reforma del Sector Eléctrico). Esta propuesta ayudaría a mejorar la competitividad de las RER no convencionales y está en línea con los avances internacionales en la materia. De igual manera, se propuso desde el organismo regulador la generación de bloques horarios; esta última medida requeriría una modificación legislativa.

De otro lado, un aspecto fundamental y pendiente desde hace mucho en el Perú, es la necesidad de crear una entidad técnica independiente que no esté anexa a ninguna entidad política, ni empresarial, y cuya función esté orientada a la planificación energética indicativa que otorgue data precisa sobre el porcentaje de RER no convencionales que se requieren en el mix óptimo de generación energética.

De esta manera se robustecería nuestro mercado energético, pues la participación de las RER no convencionales no resta al mercado energético, sino que suma a las fuentes ya existentes y las fortalece (por ejemplo, permite suplir fuentes ante cualquier inconveniente de indisponibilidad, como puede ocurrir en tiempos de sequía en que se carece de agua para la generación hidroeléctrica, o si se produce alguna rotura en el ducto que transporta el gas desde Camisea para abastecer a las centrales térmicas). Asimismo, permite dar señales favorables a los inversionistas sobre los tipos de tecnología más convenientes y la localización geográfica de dichas fuentes. Además, es necesario que se den señales claras al mercado respecto de las medidas de promoción de las RER no convencionales. Por ejemplo, evaluar la posibilidad de utilizar más subastas (desde el 2015 no se realizan estas en el mercado eléctrico peruano) o cambiar a un modelo que incentive el desarrollo de proyectos de RER no convencionales sobre la base de asociaciones público-privadas.

En esa misma línea, debe retirarse el tope de 5% de RER (el Ministerio de Energía y Minas, a inicios del año 2019, planteó incrementarlo a un 15%, pero la propuesta no prosperó). Ese tope normativo constituye una limitación y no responde a las necesidades actuales del sistema energético del Perú.

Igualmente, se requiere un mayor uso de las subastas *off-grid* (fuera de red) para cerrar brechas de acceso en zonas alejadas y vulnerables (en especial en localidades altoandinas y de amazonía). A partir del año 2014, gracias al FISE (Fondo de Inclusión Social Energético) se ha tenido una experiencia positiva con el uso de estas subastas que ha permitido que un aproximado de 200 mil familias

en zonas rurales, con altos niveles de vulnerabilidad, accedan a recursos energéticos a través de paneles solares; además ello ha contribuido también a mejorar las condiciones en cientos de postas médicas (ahora ya se puede refrigerar y conservar vacunas) y escuelas rurales (que logran acceder a internet), lo que ha permitido mejorar sus condiciones sanitarias y educativas. Al respecto, cabe resaltar que en el Perú aún existe un aproximado de 7% de peruanos que no acceden a electricidad.

De otro lado, también está el pendiente de la generación distribuida que implica cambiar el modelo tradicional en el que aquellas personas que producen energía a través de RER no convencionales puedan no solo ser consumidores, sino convertirse ocasionalmente en proveedores de energía al inyectar (vender) sus excedentes al sistema; a este consumidor/productor de energía en el siglo XXI se le denomina *prosumidor*. Por ejemplo, en Europa (concretamente, en Alemania), uno de los diez más grandes abastecedores de energía es el conjunto de los ciudadanos del país a través de una empresa agregadora (toman la energía de los hogares y la inyectan al sistema). Este modelo ha sido discutido en el Perú, pues existe una propuesta de reglamento de generación distribuida realizada por el Ministerio de Energía y Minas, pero que no ha prosperado.

Finalmente, se debe destacar la necesidad de crear sistemas de almacenamiento de las RER no convencionales intermitentes y la estrategia nacional de electromovilidad.

d. Impacto de la COVID-19 en las RER no convencionales

Las medidas de lucha contra la COVID-19, como el aislamiento social, ha generado la paralización de casi todas las actividades económicas. Esto ha traído varias consecuencias. Primero, la caída de la demanda de energía que, en el Perú, ha llegado al 30%, en especial entre la segunda quincena de marzo hasta el mes de mayo de 2020. Segundo, la reducción de la capacidad de pago de los consumidores (morosidad de un 50% aproximado). Tercero, las medidas de postergación del pago de recibos que ha impactado negativamente en la liquidez de las empresas (afectación a la cadena de pagos).

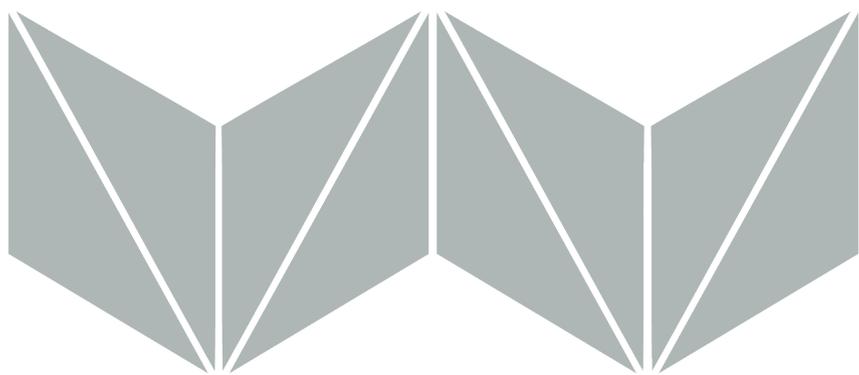
En ese sentido, es fundamental que los estados adopten medidas que permitan a las empresas eléctricas absorber el shock financiero

y operacional que ha generado la emergencia sanitaria. Al respecto, es necesario reflexionar sobre la importancia de la energía eléctrica no solo en la prestación de servicios básicos (salud y educación), sino en el proceso de reactivación económica.

Ahora bien, un fenómeno a destacar es que la crisis por la COVID-19 ha sido acompañada por una caída dramática del precio del petróleo. Esta caída puede llevar a los estados a verse en la necesidad de recurrir, en el corto plazo, a los combustibles fósiles como fuente rápida de energía para la reactivación económica. No obstante, esta situación genera un problema a largo plazo y es el rezago del desarrollo que se venía gestando por medio de las RER y el logro de los objetivos de desarrollo sostenible.

En ese sentido, se debe afrontar esta crisis como una oportunidad para retirar finalmente los subsidios a los combustibles fósiles contaminantes y apostar por el desarrollo de las RER que nos ofrecen más ventajas y oportunidades a futuro. En el Perú, las RER pueden ayudar a reducir la pobreza energética (actualmente hay dos millones de peruanos sin acceso a electricidad) y, además, reducir la contaminación y mejorar la salud pública (como ha demostrado la reducción de la polución del aire durante el período de aislamiento social obligatorio). Por tanto, es indispensable simplificar y acelerar los procesos de autorización de energías limpias.

3. SECTOR INFRAESTRUCTURA: Regulación para la inversión sostenible y la reducción de la brecha de infraestructura



3.1. PRESENTACIÓN

IVES BECERRA (PERÚ)

Director Legal & Administración contractual de Rutas de Lima

Fomentar la ejecución de proyectos de infraestructura deviene en una medida indispensable para que los países logren alcanzar los índices de bienestar y mejora económica en beneficio de sus ciudadanos y, en particular, de aquellos grupos humanos más vulnerables que requieren de la provisión oportuna y accesible de servicios públicos básicos.

En tal sentido, la implementación de proyectos de infraestructura supone la movilización de una variedad de sectores económicos. Por ello, las considerables inversiones que ello supone hacen necesario que se cuente con un marco institucional y regulatorio que coadyuve a la optimización del uso de los recursos públicos (y privados) involucrados.

Es evidente que toda la experiencia acumulada en el sector de infraestructura a nivel mundial ha generado la creación de buenas prácticas y metodologías a ser aplicadas en las distintas actividades y etapas involucradas en el diseño, promoción, ejecución y administración de proyectos de infraestructura en los distintos sectores de la actividad económica. Así, el rol de la academia cobra especial relevancia a la hora de socializar y difundir las distintas experiencias de éxito y fórmulas aplicadas satisfactoriamente en las distintas geografías, de tal modo que tal conocimiento pueda ser adquirido y adaptado en función a las particularidades propias de cada país.

Qué duda cabe que el cierre de la brecha de infraestructura se torna en una necesidad impostergable en países como el nuestro, en el cual se han presentado, recientemente, importantes iniciativas y avances tales como la publicación del Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad, el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios, y el fomento del uso de instrumentos de gestión de proyectos y herramientas utilizadas con éxito a nivel internacional (PMO, BIM, Formatos de Contratación Estandarizados, etc.).

No obstante lo anterior, el contar con una ruta de acción y objetivos trazados (evidentemente perfectibles) para afrontar el tan necesario

cierre de la brecha de infraestructura, resultaría en un esfuerzo fútil si no se cuentan con políticas regulatorias adecuadas, diseñadas desde un análisis técnico y económico que deje de lado cualquier influencia de corte político o de corto plazo, de tal modo que se genere el marco para captar aquella inversión de primer nivel que aterriza trayendo consigo la exigencia para implementar prácticas que generen proyectos sostenibles en el tiempo, armonizando los distintos intereses que debe atender un proyecto de infraestructura.

La presente mesa pretende abordar los retos y oportunidades que supone implementar proyectos de infraestructura sostenibles en el entorno actual, cotejando los modelos y experiencias exitosas que han dado buenos resultados en otras latitudes, intentando adoptar una mirada crítica y, a la vez, propositiva y constructiva para generar un aporte orientado a mejorar nuestro marco regulatorio e institucional bajo el cual el país debe afrontar el gran reto de reactivar un sector que funge de motor de nuestra economía.

3.2. MEJORANDO LA REGULACIÓN TARIFARIA EN APP

JOSÉ LUIS GUASCH (ESPAÑA)

Doctor en Economía, Universidad de Stanford

La regulación ha evolucionado notablemente. Por ejemplo, antes no se utilizaban los subsidios cruzados o tarifas sociales, sino tasas de retorno, entre otros. De igual manera, han cambiado los objetivos de la regulación; aunque este aspecto aún encuentra resistencias en ministerios y entidades estatales que están focalizadas en obras públicas y no en asociaciones público-privadas o, en cuanto a los resultados, se enfocan en la estructura física, en lugar de la calidad del servicio. Asimismo, el término *ente regulador*, que ha sido aceptado poco a poco en cuanto a sus competencias y jurisdicción (a pesar de que en el sector transporte ha encontrado mayores resistencias). Y así, el régimen laboral, los tipos de empresa, etc.

Entre los problemas de la regulación a destacar, tenemos, por ejemplo, la modalidad de regulación. En ciertos países y en el Perú, cada vez menos, se usa la modalidad de regulación por tasa de retorno. Esta modalidad que cancela cualquier riesgo transferido al concesionario es incompatible con el uso de asociaciones público-privadas, donde existe asignación de riesgos. Realmente, es preocupante que en el mundo se estén haciendo 30% de regulación por tasa de retorno. Ciertamente es que está dominando la ecuación por precios tope en lugar de la tasa de retorno, pero en Perú el sector más afectado es el eléctrico.

Ahora, sobre la regulación por precios tope, o *price cap*, esta puede ser compatible con la estructura de asignación de riesgos. Pero nos preocupa su implementación, desarrollo y metodología. Prácticamente, es un foco de conflictos. En el Perú ha sido un ejemplo que esta regulación suele acabar en arbitraje justamente por la identificación y valoración del factor X. Como sabemos, los precios se ajustan en base a la tasa de inflación, ajustada por los implementos de productividad de la empresa con respecto al promedio modelo.

¿Qué problemas aparecen? La metodología utilizada en Perú para evaluar el factor X se utiliza dato del pasado, lo cual es erróneo. Esto es erróneo. La evaluación del factor X tiene que ser a futuro; si se hace a pasado se genera efectos, incentivos perversos

por parte del concesionario, porque sabría que si realiza mejoras en productividad se vería castigado en el quinquenio siguiente. Entonces, hay que corregir esa metodología.

El segundo factor del concepto de productividad es que no se define de una forma correcta cuál usar, de ahí las peleas entre el regulador y el concesionario cuando se tiene que ajustar las tarifas en base a la aprobación del factor X. La temática de identificar la correcta tasa de inflación tiene que establecerse, del mismo modo atacar el tema de la medición y temporalidad de la productividad y usar datos a futuros y no al pasado, esto último daña y perjudica la asignación y regulación eficiente por precios topes.

Otro problema que preocupa en el contexto tarifario es la falta de uso de una contabilidad regulatoria integral que explicita cómo debe presentarse los datos, su valoración, uso, para hacer las evaluaciones quincenales de reajuste de precios. El buen uso de esta contabilidad ha dado lugar a resultados excepcionales, como en Chile, donde se usa regularmente y reduce los incrementos de tarifa que se requieren por parte de los concesionarios. Otro ejemplo es el Reino Unido en el sector de agua. Es sorprendente que no se está utilizando de una forma sistémica el uso de la contabilidad regulatoria cuando ya existen manuales para su uso.

Otro tema preocupante es el uso de la adjudicación de las tarifas, el cual es volátil y vulnerable ya que no genera unos efectos de compromiso.

Otro tema es la temática del uso de beneficio económico y financiero, el cual nos genera dudas. El concepto de equilibrio económico y financiero tiene sentido en una estructura de proyectos, para lograr la bancaridad del proyecto que genere rentabilidad. Se debe eliminar el uso de las cláusulas de estabilidad del equilibrio económico financiero y establecer algo así como lo siguiente: en el evento en el que el concedente unilateralmente efectuará unas acciones que afecta el uso de caja, el afectado tendría el derecho de ser compensado por impacto. El *impacto* es la palabra clave que debe usarse y no la palabra que se usa actualmente que es *restablecer* el equilibrio económico financiero. Esto es clave, es un factor sustancialmente problemático que genera conflictos.

Para terminar, debemos establecer la simetría del impacto de decisión del gobierno, la cual tiene que ser simétrica. Si el gobierno toma una acción unilateral no establecida en el contrato que perjudica al concesionario, el concesionario tiene derecho a compensar. Por otro lado, tiene que ser simétrico. Si el gobierno

toma una acción que beneficia al concesionario, este debe pensar en el impacto.

Finalmente, en cuanto los precios topes, ¿qué se puede hacer? Se debe cambiar la metodología usando metas a futuros y, hasta cierto punto, considerar eliminar el efecto y factor productividad y establecer dos cosas: o bien un indicador de productividad, o asignar riesgos de productividad en la matriz de riesgos. En cierta forma, esto terminaría bastante las polémicas y podría beneficiar el proceso y simplificar la transparencia. Obviamente, debería eliminarse el uso de la tasa de retorno como modelo de amplia regulación. Además, se deben establecer cláusulas en el contrato que impliquen compensación al concedente por beneficios extraordinarios que se puedan generar.

3.3. CONTRATOS DE CONCESIÓN. FORMULACIÓN Y ANÁLISIS

ALFREDO DAMMERT (PERÚ)

Miembro del Consejo Directivo del Ositran

Un contrato de concesión es un instrumento que obliga al inversionista a cumplir con diversas condiciones como dimensión (extensión, cobertura y capacidad del servicio), calidad, duración, cumplimiento del contrato, cronograma de construcción, así como nivel tarifario. Por otra parte, el Estado se compromete a permitir y facilitar la operación, establecer el número de empresas, asegurar equidad con otros inversionistas, tomar ciertas acciones como entrega de terrenos u otros, y establecer precios adecuados según las normas definidas en el contrato.

Algunos contratos establecen condiciones que el concesionario no podrá cumplir o que lo podrá hacer solamente en ciertos casos. Por ejemplo, suele obligarse a entregar terrenos necesarios para la obra que no logra ejecutar según el cronograma acordado. O algunos contratos requieren servicios u obras complementarias que el estado debe lograr a través de otros contratos que no siempre se logran.

En gran parte de los contratos, sobre todo en carreteras y aeropuertos, el Estado se compromete a entregar los terrenos bajo un cronograma. A su vez, el avance de obra de la concesionaria depende de dicho cumplimiento. Los retrasos en la obligación del Estado llevan a la necesidad de modificar los contratos de concesión, lo que resulta en un largo período de renegociación del contrato.

Por otro lado, en algunos casos la viabilidad de un contrato de concesión depende de la ejecución de otra obra. Por ejemplo, el mercado requerido para asegurar la rentabilidad de un puerto fluvial puede depender de una concesión fluvial que en algunos casos se demora o no se lleva a cabo. A menudo los contratos no contienen cláusulas sobre qué hacer en caso de que el Estado decida cambiar el marco en que se desenvuelve el contrato. Incluso, en algunos casos el Estado decide eliminar el pago de peajes en una carretera y el mecanismo de compensación permite diversas interpretaciones.

Sobre los peajes, se dan diferentes situaciones en que el Estado decide o se ve obligado a eliminar un peaje de una concesión de carreteras. Frecuentemente estos se originan por protestas o por situaciones de emergencia. Los contratos en su mayoría no tienen un mecanismo de compensación específica (por ejemplo, indican que el estado se compromete a compensar al concesionario sin indicar el mecanismo) para el concesionario, por lo que terminan en controversias.

En este caso las tarifas pueden no estar definidas con especificidad o no considerar el impacto en todo el sistema. Por ejemplo, los índices en tarifas tope pueden dar lugar a diferencias entre las partes. También se da el caso de que dicho mecanismo es difícil de interpretar en las ampliaciones de obra. En otros casos las tarifas pueden obligar a un concesionario a establecer un mínimo (sobre todo cuando el Estado provee un subsidio) haciendo que la empresa no pueda competir con un nuevo entrante. Otro caso es cuando las tarifas se diseñan para cada proyecto, sin considerar que con la entrada de otros proyectos los precios finales no necesariamente resultarán en aspectos de equidad deseados por el estado.

Sobre las tarifas o ingresos tope (*price cap* o *revenue cap*), la fórmula de tarifas tope o ingresos tope ha sido formulada para servicios en los cuales las expansiones son paulatinas. Cuando en un cierto período de la concesión, se requiere recalcular la tarifa tope, comúnmente existen diferencias entre las partes por el método de cálculo, como se ha dado en el caso de algunos puertos.

Asimismo, en el caso de las concesiones con tarifa mínima, la fibra dorsal de telecomunicaciones al interior del país creó un mecanismo de compensación al ganador acompañado de un esquema de subsidios. Con el surgir de la competencia a tarifas más bajas el concesionario se vio imposibilitado de competir. Si el Estado permitiera bajar las tarifas, debería aumentar el subsidio.

También, tenemos ejemplos de diseño tarifario sin considerar ampliación de cobertura. Este es el caso del Gasoducto a Lima con tarifas establecidas y fijas, lo cual dificulta el desarrollo de tarifas para otros gasoductos. Asimismo, en ocasiones los contratos para actividades similares se dan con condiciones diferentes. A modo de ejemplo, el Estado puede establecer un contrato bajo ciertas condiciones con un concesionario, las cuales varían tiempo después

con otro concesionario, afectando usualmente al primero. Inclusive en algunos casos se cambia el mecanismo regulatorio.

Por otra parte, con las nuevas regulaciones se suelen diseñar esquemas contractuales diferentes a los originales que pueden afectar a las empresas ya establecidas. Por ejemplo, con la ley de Concesiones Eléctricas se establecieron contratos BOOT para los nuevos inversionistas, asegurándoles un pago anual que afectaba a los inversionistas establecidos al exponerlos a una pérdida de mercado. También, a veces, las mismas cláusulas entre contratos de concesión pueden diferir dando ventajas competitivas al nuevo entrante. Este es el caso de algunos puertos.

En algunos casos, con objeto de lograr un objetivo como resolver un problema de falta de oferta, el Estado emite contratos ley para alguna inversión prioritaria que afecta el marco regulatorio, perjudica a empresas establecidas y resulta en mayores precios. Se dio el caso que el MINEM, con el objetivo de promover las hidroeléctricas, que sin duda debe ser una prioridad pública, celebró contratos BOOT con algunas empresas para desarrollo de generación hidroeléctrica. Ello no solo ha creado un problema de pago pues la ley no permite cobrar directamente al usuario, sino que afecta la competitividad de otras generadoras eléctricas. En vez de dicha iniciativa, el Estado podría haber reestructurado la Ley de Generación Eficiente incluyendo un sistema diferenciado para nuevas inversiones.

Conforme lo expuesto, consideramos una lista de posibles mejoras en los contratos:

1. Considerar cambios en los mercados. Los contratos de concesión suelen considerar un solo escenario de condiciones y estructuras del mercado. Una solución a este problema sería la de establecer diversos escenarios y simular la performance del contrato bajo cada uno de ellos. Ello permitiría el establecimiento de cláusulas y condiciones que tuvieran en cuenta las diferentes posibilidades.

2. Definir las obligaciones sujetas al cumplimiento de la otra parte y/o asignar cambio en las responsabilidades. Por ejemplo, en la entrega de terrenos las cláusulas de los contratos podrían incluir acciones a tomar ante la demora en su cumplimiento. Una alternativa sería dar la responsabilidad al concesionario.

3. Incluir todas las acciones y condiciones en los contratos. En casos en que el Estado o la situación resulten en un cambio en el ingreso del concesionario no atribuible al mismo, el contrato debería establecer la fórmula de compensación. Es el caso de que se elimine un paje, el contrato debe especificar el cálculo de la compensación y la oportunidad de la misma.

4. Las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta las varias posibilidades, así como el efecto de las mismas en los concesionarios. Para ello se deberían revisar las fórmulas de precio o ingreso tope para definir cómo tratar nuevas inversiones importantes. También se deben analizar diferentes escenarios y soluciones a fin de que el concesionario a quien se aplica la tarifa no se vea afectado por cambios en el mercado.

3.4. LA NECESIDAD DE LA CONFIANZA Y PREDICTIBILIDAD

KLAUS BURGER (PERÚ)

Exdirector de APM Terminals

En esta oportunidad conversaremos sobre la regulación para la inversión sostenible y la reducción de la brecha de infraestructura. Lo más importante para reducir la brecha en infraestructura es la confianza y la predictibilidad para el inversionista nacional o extranjero, lo cual resulta relevante para la sostenibilidad. Esto es crucial para el tema de la confianza, y sobre todo la seguridad jurídica, la cual últimamente ha estado en serio cuestionamiento.

Para la productividad, un tema primordial es la regulación tarifaria adecuada. Hoy en día predominantemente las dos que más se manejan son la tasa de retorno y el precio tope, ligado al factor de productividad. Queremos enfocarnos en este último porque consideramos que la tasa de retorno está desactualizada.

Sobre la regulación mediante precio tope, su razón de ser es incentivar la eficiencia. ¿Cómo se ajusta el precio tope? El precio tope se usa para ver los ajustes de las tarifas. Toda concesión comienza con una tarifa inicial, pero en este tipo de proyectos, los contratos de concesión duran entre veinte (20), treinta (30) o hasta sesenta (60) años. La gran incógnita del inversionista y del concedente es determinar cómo se ajusta estas tarifas. En el Precio Tope, el factor es el RPI - X (factor de productividad) donde el RPI es la inflación, pero el gran tema es el factor X. Estos análisis de negociación del factor X se da cada cierto tiempo y, en los aeropuertos y puertos, existe un rezago regulatorio de cinco (5) años. Esto significa que, durante cinco (5) años, todos saben cuáles son las tarifas topes y cómo se van a manejar a lo largo de esos años. Claro está, cada año va a subir de acuerdo con la inflación, menos el factor de productividad, el cual se ajusta por medio de la inflación.

Veamos la siguiente fórmula:

$$X = (\text{Wind} - \text{Wec}) + (\text{Tec} - \text{Tind})$$

Productividad Precios Insumos

La fórmula parece simple y sencilla. Pero, lamentablemente, no hay criterios uniformes y, sobre todo, no son claros. Esto genera incertidumbre y poca predictibilidad. Si el factor X es positivo, lo cual significa que hay eficiencias, las tarifas más adelante van a bajar. En cambio, si el factor X es negativo, significa que hay ineficiencias, lo cual se reflejará en el alza de las tarifas y conllevará algunas complicaciones.

En esta ocasión, hemos identificado cuatro grandes problemas en torno al factor X. El principal es que el factor X no es fácil de determinar:

Factor X - Problemas

- 1. Definitivamente no es fácil de determinar (tiempo de negociación y discrepancia) Impredictibilidad y sobrecostos

	X Inicial	X Ositran	X Final	Duración	Periodo	Observ.
LAP Rev 1	-7.69	+0.84	-0.61	21 meses	2009-2013	Recurso
LAP Rev 2	-1.29	+0.05	+0.05	6 meses	2014-2018	
LAP Rev 3	-0.55	+3.41	+3.26	15 meses	2019-2026	
DPWC Rev 1	-0.47	+4.14	+4.14	11 meses	2015-2020	Recurso
APMT Rev 1	-26.1	-4.80	-9.63	10 meses	2016-2021	
TPE Rev 2	+ 0.61	+ 5.74	+ 5.3	9 meses	2019-2024	Recurso

En este cuadro se puede ver seis divisiones del factor X, tres ligados a puertos y tres a aeropuertos. Como se puede apreciar en la cuarta columna de *Duración*, la negociación del factor X en ningún caso ha tomado menos de seis (6) meses y ha llegado incluso a tomarnos veintiún (21) meses, lo cual genera grandes sobrecostos. Esto, muchas veces, termina en recursos de reconsideración en el Ositran, donde no se llega a buen puerto.

El otro tema, es que podemos ver una gran discrepancia. El factor X inicial comienza con la propuesta del concesionario, el cual es revisado por el regulador (Ositran), en donde casi todos los casos las posiciones de ambos son diametralmente opuestas. Esto demuestra

que algo está yendo mal en el cálculo del factor X. El tema es que, en relación con esta brecha, si viene un nuevo inversionista y desea averiguar la experiencia en el pasado del factor X publicada en la página web del regulador, no va a tener certeza sobre la tarifa X. Ello implica dos posibilidades: que pierdan interés y no participen, o que consideren que el proyecto es de mayor riesgo y exijan un mayor retorno. Claramente, esto no es bueno para ninguno de los actores.

Asimismo, en el mismo cuadro se puede apreciar algo que da entender que podría existir un problema grave incluso de sostenibilidad. Si vemos, por ejemplo, la primera revisión de LAP o la primera revisión de DPWC, en ambos el factor de productividad es bastante elevado. Si esto se multiplica por cinco (5) o siete (7) años, esto significa que las tarifas de ambos pueden haber bajado entre 20% y 25%. Entonces, si una tarifa hoy es cien (100) y en cinco años es setenta y cinco (75), ¿realmente creen que aquí no hay un problema grave de sostenibilidad? Consideramos que sí lo hay.

En segundo lugar, para determinar el factor X existe el sistema americano y el inglés. El primero, que usamos es el más sencillo, pero más peligroso porque se usa la data del pasado. ¿Desde cuándo creemos que el pasado puede predecir el futuro? Si uno en los primeros cinco (5) años ha conseguido una eficiencia y mayor productividad, no significa que esta se pueda mantener hacia el futuro. Para entender mejor esto, utilizaremos un ejemplo más coloquial: la dieta. Si una persona pesa mucho, los primeros dos (2) meses le será fácil bajar tres (3) kilos. Luego de esto, volver a bajar en el siguiente periodo los mismos kilos es muchísimo más difícil. Esto es lo que nos conlleva el sistema americano. Si en el pasado has sido eficiente, debemos exigir la misma eficiencia en el futuro, lo cual puede ser tan grave porque puede llevar a una insostenibilidad absoluta.

El tercer problema sobre el factor X es que este es como un cajón de sastre; incluye muchas cosas. El factor X debería excluir lo que llamamos el factor K, el cual tiene que ver con la capacidad y la cobertura, y esto hace pensar que uno está siendo improductivo cuando no lo es. Este factor K debe ser excluido, lo cual tiene mucha lógica. Mientras más inversiones uno hace, el factor X sube y la productividad baja. Claro está, uno invierte muchas veces en generar capacidad o proyectarse al futuro, exigencias del Estado totalmente válidas. El factor X no hace una distinción entre ineficiente o improductivo. Por esto, creemos que cada contrato es único y debe ser analizado a la medida. O se retira el factor K

para definir el factor X, o se usa otras metodologías de regulación tarifaria que pueden ser mixtas o híbridas. Pero, definitivamente, no se puede aplicar el precio tope clásico.

Por otro lado, otro tema que consideramos crucial es que para llegar al factor X, la misma fórmula dice que se compara la producción y los índices de precios de la economía con la industria o la empresa. Hoy en día, solo se compara con la empresa por su facilidad en conseguir la data, cuando lo ideal debe ser la comparación con la industria. Creemos que, si se compara con la empresa, se castiga a los buenos y se incentiva a los ineficientes, lo cual va en contra del espíritu de los precios tope. Veamos un ejemplo, tomemos el caso que la productividad y los precios insumo de la economía y la industria son exactamente iguales; por esto, todo el efecto factor X es igual a cero (0) y las tarifas se mantienen, no hay ningún efecto. La empresa, ¿qué incentivo va a tener? Será más productiva, tendrá mejores precios que la industria, lo cual es un plus adicional porque ganará más, lo cual es el incentivo de los precios topes.

En sentido contrario, si la empresa fuese más ineficiente que la industria, con peores precios, en ese caso va a perder; por ende, no habría un incentivo para ser menos productivo. Lamentablemente, en nuestro caso, se compara con la empresa, lo cual conlleva a un gran riesgo. En este escenario, le conviene a la empresa ser menos productivo, menos eficiente, o tener precios de insumos mayores que incluso es manejable vía precios de referencia. En ese caso, cuando ellos son ineficientes, improductivos, los índices de precios van a subir en comparación con la industria. Esto es un gran potencial problema.



**Universidad
Norbert Wiener**

18 Y 19 JUNIO 2020