

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“IMPACTO DE LAS DECISIONES POLÍTICAS EN LA AUTONOMÍA Y
GESTIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE SERVICIOS
PÚBLICOS, CASO OSINERGMIN”

Tesis para optar el grado de Magister en Regulación de

Servicios Públicos

AUTOR

ISAÍAS MANUEL FARJE PALMA

ASESOR

ERNESTO LÓPEZ MAREOVICH

JURADO

ALFREDO DAMMERT LIRA

ERNESTO LÓPEZ MAREOVICH

RAÚL GARCÍA CARPIO

LIMA - PERÚ

2013



Al Gran Arquitecto del Universo, a mis Padres, y a mi familia.

RESUMEN EJECUTIVO

Durante los años noventa, tuvo lugar en nuestro país un proceso de concesiones y privatizaciones de los servicios públicos, telefonía y energía en principio, y luego el de transportes; el servicio de agua y alcantarillado o saneamiento básico se conservó a cargo del Estado de manera general, con alguna excepción en manos del sector privado. Este proceso de otorgamiento de la explotación comercial al sector privado, generó la necesidad de implementar mecanismos que lo controle y supervise, de manera de lograr niveles de calidad y protección de los usuarios frente al impacto en la sociedad de estos nuevos monopolios legales; tarea a cargo de los Organismos Reguladores.

La presente tesis identifica que este proceso no quedó solo en la transferencia, sino que generó el desafío de construir un marco normativo regulatorio por medio del cual y a través de entidades autónomas, el Estado orientó su esfuerzo a corregir la acción de los mercados al vislumbrar que éstos eran imperfectos, y a la vez tendió a incorporar competencia en sectores monopolísticos a través de diversos mecanismos. La creación de estas nuevas entidades regulatorias, se dio en el marco de una reforma del modelo económico que regía las actividades empresariales del Estado, y dentro de una constitución política que modificó la tarea y el rol de la administración pública.

El enfoque de la presente tesis se centra en el análisis teórico y empírico de los diversos acontecimientos que se produjeron alrededor de los organismos reguladores, principalmente de OSINERGMIN, durante el periodo 2010-2012, relacionadas a la gestión y administración de sus recursos económicos y presupuestales, en el marco de una autonomía conferida en las normas que los crearon.

En primer lugar se ha realizado el estudio empírico de la autonomía institucional y la actuación objetiva de estos entes reguladores, dada sus funciones fundamentalmente técnicas y su necesaria libertad operacional. Se ha hecho una breve revisión a otras experiencias latinoamericanas y, se determinan algunas diferencias sensibles que en algunos casos demuestran una vinculación muy marcada al poder político y en otras una dependencia directa al sector que corresponde la actividad regulada. En segundo lugar, la tesis analiza los aspectos en los cuales repercuten las decisiones del poder político que deben tenerse en cuenta, como Decretos de Urgencia y Sistemas de Administración y Gestión Pública, para apreciar los efectos en su función regulatoria y fiscalizadora.

Finalmente, se han estudiado tres propuestas legislativas; la primera propone la creación

de la Superintendencia de Organismos Reguladores a efectos de establecer un Órgano de Control de los Organismos Reguladores Sectoriales bajo una entidad, con el propósito de ejercer un control real y práctico a cargo del poder político; y las dos siguientes por el contrario, procuran fortalecer a los Organismos Reguladores Sectoriales, blindándolos de la posible intromisión del poder político o de otros grupos de interés. Estas dos últimas propuestas solventan el postulado de la tesis al sustentarse en la necesidad de crearles mecanismos de protección frente a la posible captura o politización, haciendo de estas entidades verdaderas herramientas de una transparente regulación, fiscalización y supervisión de los servicios públicos de redes.



ÍNDICE

DEDICATORIA.....	2
RESÚMEN.....	3
ÍNDICE.....	5
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	8
1.1. Justificación y Planteamiento del Problema.....	9
1.2. Objetivos e Hipótesis.....	10
1.3. Metodología.....	12
CAPÍTULO II: REVISIÓN DE LITERATURA.....	17
2.1. Marco teórico.....	17
2.1.1 Servicios Públicos, definiciones y características.....	17
2.1.2 Rol del Estado en relación a los servicios públicos. ¿Qué señala la Constitución del Estado respecto de los Servicios Públicos?.....	25
2.1.3 Corriente Mundial del Proceso de Concesiones y Privatizaciones de los Servicios Públicos. Las Concesiones y Privatizaciones en el Contexto Mundial.....	31
2.1.4 Experiencia Latino Americana en Concesiones y Privatizaciones de los Servicios Públicos.....	39
2.1.5 Desarrollo de las Privatizaciones y Concesiones de los Servicios Públicos en el Perú.....	46
CAPÍTULO III: EL ESTADO PERUANO Y LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES.....	55
3.1 Breve comentario sobre la Regulación.....	55
3.2 Normas de creación de los Organismos Reguladores en el Perú.....	60
3.3 Regulación de los Servicios Públicos en el Perú (La Ley Marco N° 27332 del 29 de julio del 2000).....	64
3.4 Definición de Autonomía.....	66
3.5 La autonomía de los Organismos Reguladores.....	70
3.6 Diseño Institucional de los Organismos Reguladores de Energía de los países Latino Americanos.....	80
3.7 Breve comentario sobre la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) y los Organismos Reguladores.....	99
CAPÍTULO IV: EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN.....	103
4.1 La Creación, Dependencia y Subordinación de OSINERGMIN.....	103
4.2 La Organización y Funcionamiento de OSINERGMIN.....	106
4.3 El Mecanismo y las Normas para fiscalizar y supervisar las concesiones de los servicios públicos. (Caso OSINERGMIN).....	112
CAPÍTULO V: DECISIONES DEL ESTADO RELACIONADAS A LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS PRESUPUESTALES Y FINANCIEROS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN PERIODO 2010-2012.....	116
5.1 Plan Estratégico 2010-2014, PLOP 2010-2012, Presupuesto 2010-2012.....	117
5.2 La gestión financiera del regulador bajo el control del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF).....	134
5.3 Análisis y comentarios sobre la gestión presupuestaria y los saldos de ejercicios anteriores del OSINERGMIN.....	137
5.4 Aplicación de las Normas de Contrataciones Públicas del Estado en las adquisiciones de Bienes y Servicios del regulador.....	140
5.5 Análisis y comentarios de los efectos de la aplicación de los dispositivos legales disponen la transferencia de recursos económicos a otras dependencias públicas.....	143
CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE PROPUESTAS LEGISLATIVAS SOBRE EL FORTALECIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN SERVICIOS PÚBLICOS.....	154
6.1 Análisis de la Propuesta de Creación de la Superintendencia de Organismos Reguladores (Proyecto Legislativo N° 1467/2006-CR).....	154

6.2 Análisis de la Propuesta de Fortalecimiento de los Organismos Reguladores (Proyecto Legislativo N° 878/2011-CR).....	163
6.3 Análisis de la Propuesta de Fortalecimiento de los Organismos Reguladores (Proyecto Legislativo N° 1056/2006-CR).....	166
CONCLUSIONES.....	170
BIBLIOGRAFÍA.....	177
ÍNDICE DE ANEXOS	
Anexo N° 1 Cuestionario para Entrevistas.....	186
Anexo N° 2 Mapa de la Literatura: características institucionales y atributos de la Autonomía....	188
Anexo N° 3 Estructura Orgánica de OSINERGMIN.....	190
Anexo N° 4 Plazos para la fase de Ejecución Presupuestaria.....	191
Anexo N° 5 Plazos para ejecutar los procesos selectivos de las Contrataciones del Estado.....	192
ÍNDICE DE CUADROS	
Cuadro N° 1 Condiciones de los Servicios Públicos y sus Efectos.....	24
Cuadro N° 2 Industrias de Servicios Públicos, Características e Implicancias.....	25
Cuadro N° 3 Privatizaciones por Regiones del Mundo.....	39
Cuadro N° 4 Impacto del Proceso de Privatizaciones en América Latina.....	45
Cuadro N° 5 Pérdidas acumuladas de las empresas públicas (millones US \$) 1968 a 1979.....	46
Cuadro N° 6 Expropiación y Creación de algunas Empresas por Sector entre 1968 y 1975.....	47
Cuadro N° 7 Inversión Pública periodo 1968 a 1980 en Porcentaje.....	48
Cuadro N° 8 Evolución del Empleo Público (en miles de trabajadores) 1969 a 1978.....	49
Cuadro N° 9 Ingresos Por Sector 1991 a 1997 (En millones de US\$).....	53
Cuadro N° 10 Los Reguladores Peruanos De Los Servicios Públicos.....	62
Cuadro N° 11 Evolución Marco Institucional de OSINERG.....	63
Cuadro N° 12 Comparación Internacional de Diseño Organizacional Reguladores en Energía SUD AMÉRICA.....	97
Cuadro N° 13 Comparación Internacional de Diseño Organizacional Reguladores en Energía CENTRO AMÉRICA.....	98
Cuadro N° 14 Organismos Públicos Naturaleza y Características.....	101
Cuadro N° 15 Funciones de OSINERGMIN y la Descentralización.....	107
Cuadro N° 16 Funciones de OSINERGMIN en el contexto de su Marco Legal.....	109
Cuadro N° 17 Ejecución en Número de Metas de la Institución 2010-2012.....	126
Cuadro N° 18 Supervisiones del Año 2010.....	127
Cuadro N° 19 Marco Normativo del Proceso Presupuestario del Perú.....	127
Cuadro N° 20 Principales Problemas del Proceso Presupuestario.....	128
Cuadro N° 21 Presupuestos en Nuevos Soles.....	129
Cuadro N° 22 Ejecución vs. Marco Presupuestal (Nuevos Soles).....	130
Cuadro N° 23 Profesionalización del Personal.....	131
Cuadro N° 24 Migración de Profesionales.....	131
Cuadro N° 25 Remuneración Máxima del Personal 5 Primeros Niveles.....	132
Cuadro N° 26 Salary Pack del Sector Energía Empresa Privadas.....	132
Cuadro N° 27 Gestión de Un Crédito Suplementario.....	138
Cuadro N° 28 Recaudación de Ingresos (Nuevos Soles).....	140
Cuadro N° 29 Procesos de Contrataciones Especializadas y Convencionales Año 2012.....	141
Cuadro N° 30 Impacto del DU N° 037-2010 Comparación PAC Inicial vs. PAC Final 2010-2012.....	141
Cuadro N° 31 Ejecución Comparativa de los Planes Anuales de Contrataciones 2010-2012.....	142
Cuadro N° 32 Requisitos Constitucionales que deben cumplir los Decretos de Urgencia.....	146
Cuadro N° 33 Decretos de Urgencia expedidos entre el 2010 y el 2012.....	147
Cuadro N° 34 Análisis del Decreto de Urgencia 037-2010 que limitó gastos de bienes y servicios.....	151
Cuadro N° 35 Gastos en Bienes y Servicios del 2008 al 2010.....	151
Cuadro N° 36 Porcentaje Presupuesto de los Organismos Reguladores vs PBI Año 2010.....	152

Cuadro N° 37 Superficie, Población y PBI (Proyectado al 2012).....	154
Cuadro N° 38 Producción de energía (kt* de equivalente de petróleo).....	155
Cuadro N° 39 Consumo de energía eléctrica (kWh per cápita) (150).....	155
Cuadro N° 40 Mejora en el suministro de agua, sector rural y sector urbano (% de la población con acceso).....	156
Cuadro N° 41 América Latina: penetración nacional de la telefonía móvil y banda ancha fija (%).....	157
Cuadro N° 42 Inversión en telecomunicaciones con participación privada (US\$ a precios actuales).....	158

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 1 Características Económicas de los Servicios de Infraestructura.....	20
Gráfico N° 2 Grupos de Interés y Objetivos de la Actividad Regulatoria.....	58
Gráfico N° 3 Atributos de la Autonomía Institucional.....	75
Gráfico N° 4 La Transparencia y la Autonomía en el mapa Estratégico 2010-2014.....	108
Gráfico N° 5 Evolución de la Gestión de OSINERGMIN.....	113
Gráfico N° 6 Criterios del Modelo de Excelencia en la Gestión.....	114
Gráfico N° 7 Áreas del Organismo Regulador Integradas al SIAF.....	134



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

La creación de los Organismos Reguladores Sectoriales, se sustentó en la obligación del Estado de garantizar la prestación y mejoramiento de la cobertura y calidad de los Servicios Públicos que mediante privatizaciones o concesiones se transfirieron al sector privado.

Es destacable mencionar que las actividades de regulación, supervisión y fiscalización se desarrollan en un marco de elevada especialización técnica, y de una independencia política que la norma le prevé.

En nuestro país, los organismos reguladores reconocidos como tales son cuatro, Organismo Supervisor de las Inversiones en Telecomunicaciones, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Organismo Supervisor de la Inversión en Transportes, y la Superintendencia Nacional de Servicio de Saneamiento OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS, respectivamente, conforme lo preceptúa la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que además los califica como Organismos Públicos Especializados y los faculta a definir sus lineamientos técnicos, sus objetivos y sus estrategias, y a determinar su política de gasto de acuerdo a la política general de Gobierno¹.

La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, ha dotado a estas nuevas entidades de autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera y los adscribe a la Presidencia del Consejo de Ministros², luego de haber estado bajo la tutela de sus respectivos sectores, de otros Ministerios o del Ministerio de Economía y Finanzas.

Las actividades de gestión y administración tanto económica como financiera en el Estado se ejecutan en estricta observancia de las normas y procedimientos de la administración pública, y de los sistemas de control establecidos, que de manera transversal involucran a todo el aparato estatal. En ese sentido, el establecimiento del presupuesto, el flujo del proceso financiero de los recursos, las contrataciones de bienes y servicios, la transferencia de fondos a otras dependencias públicas, la política salarial, entre otras actividades, se basan en las normas y procedimientos que cada uno de esos sistemas indican.

¹ Artículo 32º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo Ley N° 29158 del 5 de mayo del 2008

² Artículo 1º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores Ley N° 27332 del 29 de julio del 2000

1.1. Justificación y Planteamiento del Problema

La Autonomía de los Organismos Reguladores establecida en las normas que los crearon y en su Ley Marco es una atribución que solventa un ejercicio funcional técnico, y una gestión y administración principalmente de los recursos económicos y financieros que soporten las actividades operacionales orientadas a una regulación, supervisión y fiscalización acorde a la misión y visión institucional. Significa por lo tanto para el presente estudio, la ausencia de dependencia, de lazos y presiones externas para que el organismo regulador cumpla con el objeto de su creación; la autonomía en este caso, es contraria a la dependencia o subordinación en la cuestión administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Está claramente dispuesto que los Organismos Reguladores son entidades que forman parte de la estructura del Poder Ejecutivo, a las cuales se les ha dotado de personalidad jurídica y de un régimen que procura asegurarles una gestión que goce de una singular independencia con relación al poder político. Esta situación nos lleva a evaluar si las decisiones del poder político y sus sistemas y procedimientos de gestión y control del manejo económico y financiero, tienen un efecto concordante con la autonomía que las blinda de este Poder del Estado.

El problema de que disposiciones del Ejecutivo a través de sus instancias repercutan en la eficacia y toma de decisiones ha sido tema sustantivo de estudio y comentarios, argumentando diferentes consideraciones, particularmente las siguientes:

- La consolidación de una gestión y administración más eficaz.
- La intangibilidad de sus recursos económico financieros.
- La disposición y asignación de recursos presupuestales sin interferencia que menoscabe o comprometa el accionar.
- La atención oportuna de su necesidad de contratar bienes y servicios con la celeridad del caso.
- Un ágil proceso del flujo de pago por las obligaciones contraídas.

No obstante, los procesos descritos no están funcionando adecuadamente, lo cual se manifiesta en varios problemas que surgen desde las decisiones del poder político y de sus sistemas normativos, administrativos y de control, evidenciados a través de:

- La emisión de Decretos de Urgencia que paralizan la ejecución del presupuesto, que

impiden contrataciones de bienes y servicios, y que restringen la culminación exitosa de los procedimientos de gastos ya comprometidos.

- La inclusión del regulador dentro del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP) haciendo el manejo presupuestal lento y dependiente, retrasando el programa de atención de las obligaciones con terceros principalmente.
- La obligación de realizar las adquisiciones de bienes y servicios dentro de los parámetros de las normas de contrataciones estatales con las limitaciones que al sector público dependiente de los Recursos Ordinarios se les establece. Bajo este esquema se dificulta y a veces se imposibilita contrataciones altamente especializadas propias de la labor fiscalizadora y supervisora del organismo.
- La transferencia de recursos económicos a otras dependencias que incluso no tienen relación con el Objetivo, la Misión y la Visión institucional.
- El establecimiento de un techo presupuestal a través de la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas como si el presupuesto de los reguladores tuviese su sustento en los Recursos Ordinarios del Tesoro Público, obviando que los mismos se financian con el denominado "aporte por regulación" que recaudan de las empresas y entidades bajo su ámbito³.

Los estadios listados son fundamentales para una adecuada producción de decisiones en materia de regulación tarifaria, supervisión de la ejecución de la inversión y de las operaciones a cargo de las concesionarias, y de supervisión de la calidad y estándares de servicio; y porque es el Poder Ejecutivo el que establece las pautas, se evalúa el periodo 2010 al 2012, por lo que el análisis de este trabajo implica no solamente la revisión de la justificación de la existencia de la problemática en sí, sino, la manifiesta vulneración de una autonomía legal y formal de los organismos reguladores.

1.2. Objetivos e Hipótesis

El presente estudio tiene como **objetivos** de la investigación los siguientes:

Objetivo General

El objetivo de la investigación que comprende el periodo 2010 al 2012 es efectuar un análisis de los mecanismos de que dispone el Estado, para normar, intervenir y controlar los sistemas administrativos y de manejo económico y financiero transversales a la administración pública, a fin de conocer los efectos que generan a la autonomía de los reguladores, dado que en la actualidad es una prerrogativa debilitada, que ha afectado y

³ Art. 10º de la Ley N° 27332, y sus **Concordancias con:** Art. 17º de la Ley N° 26734, Art. 73º del D.S. N° 054-2001-PCM, Art. 7º de la Ley N° 27699.

sigue afectando su gestión y administración (Caso OSINERGMIN), lo que ha conllevado a que se presenten iniciativas legislativas para revertir tales efectos.

Objetivos Específicos

1. Determinar de qué manera se ralentiza el uso eficaz de los recursos económicos y presupuestales y se limita la atención de las necesidades de bienes y servicios en relación con los planes y programas de ejecución anual durante el periodo 2010 al 2012 en OSINERGMIN.
2. Efectuar un análisis del impacto de algunas disposiciones normativas del Poder Ejecutivo como son los Decretos de Urgencia en el desarrollo programado de las actividades operacionales de OSINERGMIN durante el periodo 2010 al 2012, y de las Propuestas Legislativas que buscan el fortalecimiento de los organismos reguladores.

El presente estudio tiene como **hipótesis** de la investigación las siguientes:

Hipótesis General

Los efectos de las decisiones gubernamentales en materia económica y financiera generados principalmente por el impacto de las normas y procedimientos que el Estado aplica a toda la administración pública de manera transversal, limitan la gestión y libre disposición de los recursos de los organismos reguladores (Caso OSINERGMIN), relativizando la autonomía que las leyes les han conferido.

Hipótesis Específicas

1. Se manifiesta una ejecución de los planes y programas presupuestales y el calendario de obligaciones con terceros de manera distinta a la establecida en las herramientas de gestión como son el Plan Operativo y el Presupuesto Institucional, afectando la oportuna y eficaz contratación de bienes y servicios, y el cumplimiento programado del proceso de pago de las obligaciones contraídas.
2. Se revela que la emisión de disposiciones normativas del Poder Ejecutivo como son los Decretos de Urgencia relacionados al manejo económico y financiero del Estado impacta desfavorablemente en el desarrollo programado de las actividades operacionales de OSINERGMIN. (Durante el periodo 2010 al 2012).

1.3. Metodología

El propósito de esta investigación es analizar, explicar y demostrar de manera sistemática, controlada, empírica, y crítica, el impacto generado por las decisiones políticas y sus efectos en el diseño, autonomía y gestión de los organismos reguladores, caso OSINERGMIN periodo 2010-2012, y evidenciar de qué manera se afecta la independencia necesaria que haga posible un ordenamiento que coadyuve al cumplimiento de su misión y visión institucional conferidas a estas organizaciones en las normas que las crearon.

La investigación comprende el desarrollo de un marco teórico sobre el tema y aborda fines prácticos de revisión y explicación de los sistemas administrativos y de gestión, y su impacto en el diseño de OSINERGMIN. Con ello se busca analizar y evaluar qué efectos se producen en las herramientas de gestión cuya característica básica es su condición de administración pública.

La revisión de la literatura durante el desarrollo de la investigación ha permitido identificar que los objetivos de los organismos reguladores se orientan a cumplir un mandato constitucional de tutelar a los consumidores del potencial abuso de monopolios antes naturales y ahora legales de las empresas concesionarias de los servicios públicos con características de industrias de redes, garantizar que las inversiones no sean afectadas por acciones oportunistas o arbitrarias del poder político en ejercicio, y de contribuir con la eficiencia económica en su ámbito de acción.

El marco teórico que se considera para el estudio y que describe los factores centrales se examinará basándose en los orígenes y desarrollo del fenómeno privatizador de los servicios públicos, en la necesidad de implementar entidades regulatorias autónomas, en el diseño de los reguladores de energía de los países latinoamericanos, y en los atributos de un diseño del organismo regulador sectorial con capacidad de enfrentar la captura y los riesgos de politización.

Preguntas de investigación

Para la presente investigación, se identificaron los enunciados interrogativos siguientes:

¿Qué relación existe entre las decisiones del poder político peruano con la autonomía institucional de sus organismos reguladores sectoriales?

¿Cuál es el resultado del impacto de las decisiones del poder político peruano en la

gestión de los organismos reguladores, caso OSINERGMIN?

De los enunciados identificados surgen las preguntas de investigación siguientes:

¿Cómo la disposición normativa emitida por el poder político influye en la gestión operativa y administrativa de OSINERGMIN?

¿Cuáles son los impactos generados por la emisión y sujeción a sistemas administrativos y dispositivos normativos que han impuesto: la Modificación de Responsabilidades y la Asignación de Nuevas Tareas, la Transferencia de Recursos Económicos y Financieros, las Medidas de Austeridad, los Topes y Congelamiento de Remuneraciones, los Límites y Formas de Contratación de los Bienes y Servicios; y, cómo se relaciona y explica la interferencia generada para lograr el cumplimiento de los objetivos institucionales del organismo regulador?

¿Por qué surgen propuestas legislativas que procuran el fortalecimiento de la autonomía de los organismos reguladores sectoriales, impulsando cambios en el manejo de sus sistemas de gestión?

Elementos de la investigación

El marco teórico basado previamente en la revisión de literatura, está concebido como el fundamento para comprender cómo la investigación solventa la formulación de las preguntas y el diseño de la metodología de investigación, siendo que el desafío es lograr una explicación de los efectos de las decisiones políticas a partir de que los organismos reguladores están inmersos dentro de un esquema de administración pública, y cómo ello condiciona el cumplimiento de sus planes de gestión.

El desarrollo del presente trabajo de investigación, busca el análisis de variables que ya ocurrieron o se dieron en la realidad sin la intervención directa del investigador. Es un enfoque *expost-facto*, que observa las variables y sus relaciones en su contexto natural.

Se soporta en tres pilares:

- Perspectiva teórica interpretativa
- Estrategia de investigación
- Método para la recolección de datos y su análisis

a) La perspectiva teórica elegida es interpretativa. Se confía dentro de un margen lógico en las opiniones, experiencias y conocimientos de los participantes y en el escenario a ser estudiado dentro de un contexto determinado, con el objeto de desarrollar inductivamente partiendo de la particularidad a un contexto general, a través del registro

de las opiniones de las personas mediante la entrevista. En esta interlocución, se emplearán preguntas abiertas que generen sinergias para una libre expresión de opiniones. No se busca descubrir una realidad, sino estructurarla de la manera más clara e inteligible, para soportar un análisis e incertidumbres ulteriores.

b) La estrategia de investigación es cualitativa porque busca entender los fenómenos y construir conocimiento, pues se orienta a elaborar una investigación más espontánea y flexible. Ello significa que necesariamente este estudio también empleará otras fuentes que generen evidencias.

La investigación es simple porque se basa en los efectos producidos en un solo organismo regulador (Osinergmin) y es de carácter descriptiva y explicativa porque presenta una descripción completa del fenómeno en su contexto y busca entender los impactos, presentar y analizar los datos en relaciones causa-efecto conforme estos eventos acontecieron, y nutrirse de la teoría y del conocimiento empírico.

La investigación es instrumental, porque genera un entendimiento capaz de descomponer un fenómeno, y entender sus efectos mediante el análisis de la experiencia particular de OSINERGMIN, lo cual permitirá, responder las inquietudes, preguntas o problemáticas en escenarios similares (Otros Organismos Reguladores Peruanos).

c) Método para la recolección y análisis de datos

Recolección

El desarrollo del trabajo de investigación se soportará en cuatro fuentes:

- i) Textos, libros, revistas, memorias, tesis, recortes y notas de prensa, nacionales y extranjeros.
- ii) Acervo documental de OSINERGMIN y de otras entidades públicas.
- iii) Documentación disponible en portales de internet nacionales y extranjeros, de organismos públicos nacionales, entidades internacionales, organismos multilaterales y centros de investigación.
- iv) Entrevistas con expertos y representantes del sector público y privado, con docentes y políticos, y miembros usuarios de los servicios públicos.

Análisis

El análisis del periodo 2010-2012 considerado para la visión retrospectiva comprende dos periodos de gobiernos constitucionales; los últimos 18 meses de la gestión 2006-2011 y

los primeros 18 meses del periodo 2011-2012.

Las preguntas incluidas en el cuestionario para las entrevistas son de carácter descriptivas, y con las respuestas vertidas por los entrevistados se analizará y explicará el fenómeno en el contexto de la investigación. Seguidamente se estudiará cualitativamente el material recolectado, para arribar a conclusiones preliminares, e interpretaciones basadas en evidencias empíricas.

Desarrollo de la Metodología

Conforme la Metodología expuesta precedentemente, se detalla a continuación el proceso de recolección de datos.

a) Textos, libros, revistas, memorias, tesis, recortes y notas de prensa, nacionales y extranjeras. Para seleccionar esta documentación se utilizó como principal fuente las Bibliotecas de las Universidades Peruanas y los Archivos de Instituciones Públicas y Privadas Nacionales y Extranjeras con representación en nuestro país, que están relacionados con la materia de investigación.

b) Acervo documental de OSINERGMIN y de otras entidades públicas. Se utilizaron las memorias anuales, los documentos de trabajo, publicaciones periódicas y ediciones especiales, de acceso público sin restricción.

c) Documentación disponible en portales de internet nacionales y extranjeros, de organismos públicos nacionales, entidades internacionales, organismos multilaterales y centros de investigación. La información obtenida de esta rica fuente, se procesó de forma que complemente o desvirtúe lo obtenido en las entrevistas, de manera que su análisis se realizó en paralelo.

d) Entrevistas con expertos y representantes del sector público y privado, con docentes y políticos, y miembros usuarios de los servicios públicos. Las entrevistas se apoyaron en un cuestionario validado previamente con una pequeña muestra, de donde se recogieron recomendaciones y aplicaron ajustes para elaborar el cuestionario definitivo. En esta fase se consideró personas vinculadas al quehacer regulatorio sobre la base que representen adecuadamente a los grupos de interés, y se desarrollaron personalmente.

Desarrollo de Entrevistas

Este proceso se ejecutó en tres fases: a) preparación del listado de entrevistados, b) elaboración de cuestionario de preguntas, y c) análisis y procesamiento de la información obtenida.

a) Listado de entrevistados. Esta fase significó establecer previamente ciertos criterios que nos dirijan a una estructuración que cubra el espectro total de los grupos de interés y su grado de relación con el tema, considerando que sean personas accesibles con voluntad y disponibilidad de tiempo, con conocimientos sobre la materia según su posición entre los stakeholders del regulador, que deseen manifestar sus opiniones y que lo hagan con beneplácito. A efectos de no caer en repeticiones innecesarias se determinó un número representativo, cuya selección tomó en cuenta que exista proporcionalidad entre el número y el grupo de interés que representan.

b) Elaboración de cuestionario de preguntas. La estructura del cuestionario y el contenido de las preguntas se elaboraron en función a la representatividad de los entrevistados **(Anexo 1)**. El detalle de la muestra de entrevistados es la siguiente:

- Alta Dirección de los Organismos Reguladores (5)
- Personal Operativo de los Organismos Reguladores (10)
- Usuarios de los Servicios Públicos (5)
- Académicos (5)
- Concesionarios (5)

c) Análisis y procesamiento de la información obtenida. El análisis que cubre el periodo 2010-2012 comprende partes de dos gestiones gubernativas constitucionales; los últimos 18 meses de la gestión 2006-2011 y los primeros 18 meses del periodo 2011-2012. El procesamiento de la información se efectuó en plataforma informática, en razón a que los soportes de procesadores de texto facilitan el manejo de datos e información.

CAPÍTULO II: REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. Marco teórico

2.1.1 Servicios Públicos, definiciones y características

Concepto de Servicios Públicos

El concepto ha evolucionado desde sus orígenes allá en Francia del siglo XIX hasta la actualidad, acompañando y por los efectos de los fenómenos sociales y económicos acontecidos desde aquella época, entre los que cabe destacar, la Revolución Industrial⁴, los procesos de Integración Económica Regional, Continental y Mundial, la creación de Organismos Multilaterales cuyos acuerdos revisten carácter de mandatos o exclusión, el cambio de modelo del Estado de Bienestar por un Estado con un rol de Subsidiariedad, o manifiestos como la Promoción y Defensa de la Libre Competencia impulsada por la corriente comercial de las tres últimas décadas.

El concepto tradicional de servicio público nacido en Francia con el aporte de León Duguit, Maurice Hauriou y Gastón Jeze⁵, otorgaba al Estado la titularidad de actividades prestacionales calificadas como imprescindibles para la colectividad. Esta reserva a favor del Estado (**publicatio**)⁶, fue objeto de continuas revisiones al impulsarse a la iniciativa privada como eje de la sociedad. De allí que el concepto de servicio público, constituye una idea en constante evolución, al día de hoy incompleta, toda vez que si bien se puede lograr un consenso en su definición, este no es integral, puesto que ni la legislación, ni la

⁴ Como lo relata el - **Dr. Rodrigo Ferrés Rubio** – en su libro **Hacia un Nuevo Concepto de Servicio Público: liberalización y competencia**, p. 4, “Es que efectivamente en ese contexto y bajo la naturaleza de la propia revolución que comienzan a crearse los primeros grandes servicios públicos; así, por ejemplo, surgieron los servicios de suministro de gas, de comunicaciones, el transporte por ferrocarril, entre otros”... <http://www.ucu.edu.uy/LinkClick.aspx?fileticket=Xq6YzfoBnLQ%3D&tabid=114&mid=3287>

⁵ **Pierre Marie Nicolas Léon Duguit** (1859 - 1928) fue un jurista francés especializado en Derecho Público. Su trabajo jurídico se caracteriza por la crítica a las teorías de entonces sobre Derecho y por su establecimiento de la noción de servicio público como fundamento y límite del Estado. **Maurice Hauriou** (1856 - 1929) fue un jurista y sociólogo francés que estudió con profundidad el tema de los servicios públicos. **Gaston Jéze** (1869 - 1953) profesor de derecho público francés, fue uno de los abogados que ayudó a reemplazar la noción de poder público por el servicio público como justificación de la ley estatal y pública, lo que explica su vinculación con la Escuela Servicio Público de León Duguit .

⁶ El siguiente comentario ha sido tomado del enlace electrónico: <http://es.wikipedia.org/wiki/Publicatio>
“La publicatio o publificación consiste en la reserva expresa que hace el ordenamiento jurídico al Estado de una actividad o de la titularidad de ciertos bienes. Es un requisito necesario para que la actividad pueda ser considerada un servicio público, o para que los bienes ingresen al dominio público. Trasladar la regulación de una determinada actividad desde el derecho privado al derecho público, como por ejemplo que el Estado asuma la propiedad de una empresa privada”. Ello implica que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza. No hay más servicios públicos que aquellos que el legislador califique como tal. Una vez “publicado”, los particulares carecen de título para operar en el mismo ámbito o sector de actividad, salvo que se lo confiera expresamente la propia administración, en virtud de una concesión o autorización. Una actividad se convierte en servicio público, entonces, cuando los poderes públicos deciden asumirla para dar satisfacción a una necesidad de interés general que, sin esa intervención, sería insatisfecha o satisfecha insuficientemente. La apreciación del interés general envuelto, es discrecional y queda en manos del poder público. Es el legislador quien decide, en cada supuesto, cuándo el interés general debe ser satisfecho por el procedimiento del servicio público. De allí, entonces, que no haya un criterio uniforme para determinar lo que son servicios públicos; ello dependerá de las necesidades que en cada época se presenten. Son servicios públicos, en ese sentido, los que el legislador de un país determinado, en un momento determinado así lo decide”.

doctrina, ni los preceptos administrativos coinciden irrefutablemente. Sin embargo, *“el concepto de servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado”*⁷

Por tanto, un concepto de Servicios Públicos que puede generar consenso es el siguiente: *“Son las actividades creadas por la Constitución o por Ley que tienden a satisfacer en forma regular y continua cierta categoría de necesidades de interés general, realizadas por el Estado o a través de particulares concesionados, conforme a las disposiciones legales que la regulan, en la que se determinen las condiciones técnicas y económicas en que deben prestarse”*.

Esta definición se ajusta a las condiciones actuales y al modelo económico en donde el Estado no tiene la exclusividad para la prestación de servicios esenciales (electricidad, gas, transporte, telefonía, y agua), sino más bien que pudiera hacerlo de manera subsidiaria y bajo ciertas circunstancias, y en donde hemos pasado de un Estado prestacional a un Estado regulatorio⁸.

Por ello, es pertinente hacer una diferenciación entre lo que califica como Bien Público o Bien Privado, asumiendo que la connotación otorgada al término incluye al servicio propiamente dicho.

Bien Público, Califica como tal todo bien que cumpla las siguientes dos propiedades:

- a) Que no sea rival, puesto que el consumo de un usuario no reduce la oferta disponible del bien para los otros consumidores, en consecuencia, no es deseable racionar su suministro.
- b) Que no sea excluyente, es decir, no se puede evitar que un usuario lo consuma

⁷ Ariño Ortiz, Gaspar, Principios de Derecho Público Económico, Lima, ARA, 2004, p.552.

⁸ “Desde el derecho bíblico y romano han existido distintas formas de regulación surgidas de la necesidad de la vida cotidiana en relación con la salubridad y la seguridad, y ciertas actividades (entierros, protección de fuentes, seguridad de construcciones, etcétera). Estas se hicieron presentes luego en la *performance* de algunas profesiones (posaderos, panaderos y otras). Posteriormente se generalizaron como resultado de la urbanización, la industrialización, las complejidades tecnológicas que dificultan el juicio de los consumidores, la aparición de grupos interesados en los derechos de los sectores singulares, y la incapacidad percibida por parte de una población que vota en forma universal no respondiendo prontamente a problemas masivos. Los ejemplos regulatorios típicos fueron las normas de protección de la salud pública, las condiciones de trabajo, la prevención del fraude a través de sistemas obligatorios de pesos y medidas de aplicación general, y los controles para impedir la adulteración de productos. Las limitaciones a la competencia en materia de servicios públicos masivos de transporte, agua, electricidad, comunicaciones, etcétera, justificaron regulaciones de precios, calidad y seguridad a las que actualmente se suman regulaciones ambientales. Actualmente los servicios públicos desempeñan una función estructural. Son elementos distintivos de la organización socioeconómica y tienen una importancia similar a la de los sistemas monetarios, crediticio y educativo. Los sistemas existentes de organización de la producción y de radicación de la población serían inconcebibles si no existieran servicios públicos eficaces a escala masiva”. Comentario tomado de un trabajo ubicado por internet cuyo título es: “Los Servicios Públicos En El Perú: Una Visión Preliminar” de: Luis Miguel Reyna Alfaro y Karen Ventura Saavedra, del enlace electrónico: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/25.pdf>

haciéndose imposible racionar su consumo. Por ejemplo, cuando se usa el alumbrado público o una carretera, no se impide que otras personas también disfruten de ese bien.

Bien Privado, Por el contrario, como lo explica STIGLITZ (1988)⁹, los bienes privados son rivales en el consumo y exclusivos. Cuando compro un teléfono celular, o compro un balón de gas, implícitamente estoy impidiendo que otra persona compre ese teléfono o se compre ese balón de gas.

La diferenciación expuesta afirma el concepto de mercado, ya que su propia existencia asume que el consumo de un bien tenga características de excluyente y de escaso, resaltando que no es posible un mercado para un bien infinito. Generalmente aceptamos que es el mercado el que debe proveer los recursos para producir estos bienes privados, así como se ha de encargar de su valorización y distribución; es el mercado entonces consecuencia de la convergencia de personas interesadas en producir estos bienes y de personas interesadas en demandarlos, de tal forma que estos vectores nos dan el precio, la cantidad y forma de producir, con lo cual lograríamos distribuir eficientemente los recursos de los que dispone la sociedad para conseguir la mayor satisfacción colectiva.

Igualmente aceptamos que la función del sector público ha de ser cuando menos, orientar su esfuerzo a que se cumplan determinadas reglas en los mercados, (evitar “fallas de mercados”), así como de ocuparse de la provisión a la sociedad de los bienes públicos, por cuanto estos bienes no pueden ser valorados o intercambiados en un mercado; el clásico ejemplo es el alumbrado público, que todos usamos, pero que si pagásemos por él (directamente) nos encontraríamos con la paradoja de que nadie querría ya que pretenderíamos que el costo lo asumiese nuestro vecino, (que por otra parte no podría evitar que nuestra calle estuviese iluminada). Siendo la única posibilidad que estos bienes sean asumidos por el sector público, que a la vez distribuye el costo entre los ciudadanos; aun cuando no transiten por “esa calle”.

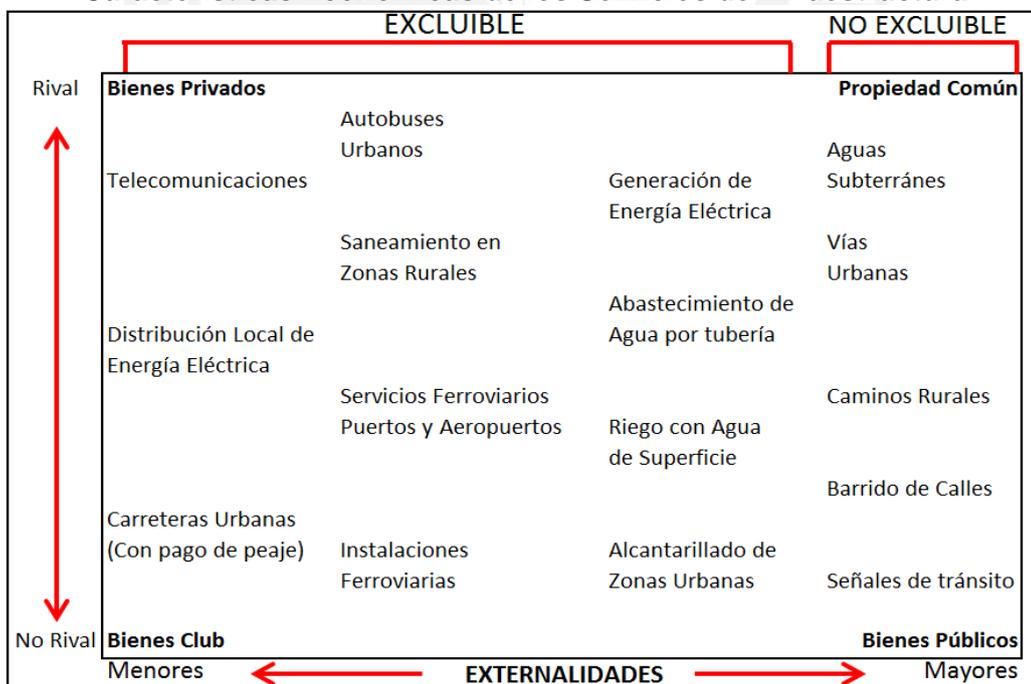
En el caso de la mayoría de los servicios que producen los sectores de infraestructura, los usuarios son excluibles en un sentido específico: el uso del servicio depende de obtener acceso a unas instalaciones o a una red de suministro (por ejemplo, mediante

⁹ STIGLITZ, Joseph, La Economía del Sector Público, Barcelona: A. Bosch. 1988, sostiene que. “En teoría, los mercados funcionan de forma óptima en el suministro de bienes y servicios privados puros pero en la medida que los servicios específicos de infraestructura dan margen para la existencia de un monopolio natural o dependan de una red que se caracterice por ser una facilidad esencial, un mercado libre no los podrá proporcionar eficientemente”.

conexiones a un sistema de abastecimiento de agua, gas por tubería o redes telefónicas) el cual puede medirse y cobrarse. En el caso de los ferrocarriles o los caminos, puede restringirse el acceso a la totalidad de la infraestructura. No obstante, una vez que un usuario está conectado a la red de un servicio público u obtiene acceso a las instalaciones de un medio de transporte, el grado de rivalidad con otros usuarios depende de los costos impuestos a los consumidores existentes o al proveedor del servicio cuando se consume una unidad adicional.

Como podemos apreciar, sobre la base de la descripción de las propiedades mencionadas (rivalidad y exclusividad), tenemos que los servicios de infraestructura son diferentes de otros bienes, y a la vez diferentes entre sí. En el gráfico N° 01 podemos ver que las características económicas de los servicios públicos difieren considerablemente de un sector a otro, dentro de un mismo sector según las tecnologías, y según lo fácil y lo conveniente que sea la exclusión (Banco Mundial, 1994). Las características de las diversas actividades en esta esfera tienen consecuencias importantes en la forma en que son prestados los servicios para satisfacer su demanda.

Gráfico N° 1
Características Económicas de los Servicios de Infraestructura



Fuente.- Vásquez Cordano, Arturo, Las Características Técnico-Económicas de las Industrias de Servicios Públicos, publicado en ECONODÉMICA Revista de Economía Vol. 5, N° 1, 2002, p. 138.

Concluimos esta diferenciación, sosteniendo que los **bienes públicos** son un tipo de bienes no susceptibles de comprar ni vender en ningún mercado, puesto que tienen la

característica de ser “colectivos” y cuyo uso y disfrute puede llevarse a cabo por cualquier ciudadano sin distinción; por otro lado tenemos que los **bienes privados** pueden llegar a limitarse, a reducir su cantidad disponible o a verse mermada su calidad¹⁰. Este último aspecto es uno de los desafíos de los organismos reguladores frente a los servicios públicos que brinda la empresa privada o asociada, los cuales explota mediante las concesiones o autorizaciones resultado de los procesos de privatización de empresas públicas, tanto en el contexto nacional como latinoamericano y mundial.

Dada la precisión expuesta, haremos un breve análisis y resumen de la clasificación de los Servicios Públicos que la literatura al respecto estudia.

Clasificación de los Servicios Públicos

En la doctrina y amplia literatura existen diferentes criterios para clasificar los servicios públicos, que los podemos resumir de la siguiente manera:

1. Esenciales y no esenciales; Esenciales, se pondría en peligro la existencia del mismo Estado si aquellos no se prestasen: defensa nacional, seguridad interna, educación, salud. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades e interés general, su

¹⁰ “Una de las confusiones más extendidas al respecto es por ejemplo la Sanidad Pública, un servicio de naturaleza económica privada, y que en cuyo consumo se pueden excluir a determinados usuarios, a la par que es rival, porque si se tienen recursos para hacer una sola intervención quirúrgica no podemos operar a dos pacientes al mismo tiempo. Siendo otro debate el hecho de que este bien sea provisto por el Estado, ya sea por las externalidades positivas que genera, el impacto social, o razones de otro tipo. Otra cuestión que no siempre queda clara es la confusión entre los bienes públicos impuros y los bienes públicos preferentes, que no son bienes públicos puesto que no reúnen ninguna de sus dos características, siendo más bien bienes de naturaleza privada, algunos ejemplos son la sanidad, la educación, la vivienda o los alimentos. Bienes que generan externalidades positivas a la sociedad, y que si no se gestionasen por el Estado no se podrían proveer en una cantidad óptima por parte del sector privado, constituyendo uno de los ‘fallos de mercado’ más significativos. Este tipo de bienes presenta problemas de sostenibilidad, pues necesitan de una gestión pública y de un estricto mecanismo de control que garantice su uso y disfrute, así como su sostenibilidad. Para garantizar esto último, debe instrumentalizarse un sistema de derecho y de garantías lo suficientemente represivo como para que todos los usuarios del mercado se impliquen en dicha tarea.

Por ejemplo, si no respetamos los bosques, los mares o el medio ambiente, podemos excluir a los futuros habitantes del planeta del uso y disfrute de dichos bienes. Por ello, se debe legislar en este sentido, y garantizar el respeto a las normas en pro de la consecución de este fin. Otra de las problemáticas más extendidas al respecto es el **Problema del Polizón**, o ‘free rider’ en la lengua anglosajona, y que reza que es difícil excluir del servicio a quién o quienes no contribuyan al esfuerzo colectivo para su mantenimiento. Un ejemplo, al hilo de esta cuestión sería el uso de las autopistas públicas por parte de aquéllos ciudadanos que no pagan sus impuestos en tiempo y forma, proporcionando un daño económico y de disponibilidad de los recursos públicos a quienes si contribuyen a su financiación. Este problema supone un ‘daño’ tremendo para los intereses colectivos, porque al esquivar estos usuarios ‘gratuitos’ el esfuerzo colectivo para su financiación o mantenimiento, supone que esta carga no satisfecha incrementará el esfuerzo que los ciudadanos contribuyentes han de satisfacer para garantizar su viabilidad.

Finalmente, en los últimos años, en la medida que se han ido agudizando los problemas fiscales y presupuestarios de los Estados, han ido tomando impulso ciertas iniciativas en contra de la colectividad de las cargas tributarias, olvidando algunos que las cargas públicas se basan en dos principios, la equidad y la igualdad. No contemplando que aunque no se demanden servicios educativos o sanitarios por parte de algunos usuarios potenciales, todos utilizamos en mayor o menor medida el transporte público, la red de carreteras y la defensa nacional. Por todo ello, los gobiernos deben promover una gestión a largo plazo y sostenible de los bienes públicos para no caer en este engaño, máxime cuando estos escapan al mercado, y si no se cuidan, pueden llegar a desaparecer”. Nota tomada el 12 de enero del 2013 del enlace electrónico <http://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-son-los-bienes-publicos>.

existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales.

2. Permanentes y esporádicos; los primeros son los prestados de manera regular y continua para la satisfacción de las necesidades de interés general. Los esporádicos; su funcionamiento o prestación son de carácter eventual o circunstancial para satisfacer una necesidad colectiva transitoria.

3. Desde el punto de vista de la naturaleza de los servicios, éstos se clasifican en servicios administrativos y servicios públicos industriales y comerciales; estos últimos específicamente referidos a las actividades de comercio, bien sea de servicios para atender necesidades de interés general o los destinados con fines lucrativos y no a satisfacer necesidades colectivas, sino fines empresariales.

4. Servicios públicos obligatorios y optativos. Los primeros los señalan como tales la Constitución y las leyes, y son indispensables para la vida del Estado. Los optativos, el orden jurídico los deja a la potestad discrecional de la autoridad administrativa competente.

5. Por la forma de prestación del servicio: directos y por concesionarios u otros medios legales. La prestación de los directos es asumida directamente por el Estado (en sus tres niveles; nacional, regional o local, o a través de entes descentralizados). Por concesionarios: no los asume directamente el Estado, los delega; se prestan a través de concesionarios.

Condiciones de prestación de los Servicios Públicos

En el caso de las industrias de redes, las cuestiones técnicas asociadas al funcionamiento del mercado generan incentivos para que las empresas a cargo de la operación de dicha infraestructura puedan obtener rentas extraordinarias, ya sea mediante políticas de precios a clientes finales, negando el acceso a otros productores o al manejo tendencioso de información; por lo que cada uno de los servicios públicos regulados, como los servicios de agua potable, eléctricos, telecomunicaciones y transporte, poseen mecanismos en ventaja y condiciones comunes que se manifiestan a todos ellos en mayor o menor medida, como las siguientes:

- Su participación en el mercado se da en situaciones de ausencia o de poca competencia, lo cual deriva en su sujeción a la regulación del Estado gubernamental en aras de proteger el interés público.
- Siendo que los servicios de redes pueden funcionar de modo más eficaz como monopolios (el agua, la distribución y transmisión eléctrica, la telecomunicaciones, el gas, y el desagüe, etc.); se obliga a que su contribución al bienestar general sea de manera compulsiva mediante regulaciones no siempre bien aceptadas.

- El control de tarifas y de calidad de servicio son la base de la regulación de estos servicios orientado en todos los casos al interés público.
- Su prestación a la colectividad sin distinción, debe ser permanente, regular y continua, y siempre prevalecer, los intereses de la comunidad por sobre de quienes lo prestan.
- Es latente el conflicto entre el interés público y el interés privado y la razón responde a la diferencia entre el objetivo principal de las empresas privadas por maximizar sus utilidades, y el del interés de la colectividad de obtener un servicio adecuado a la tarifa más baja posible.
- La prestación del servicio público no debe perseguir principalmente fines de lucro; se antepone el interés de la sociedad a los fines rentistas de quienes los proporcionan.
- El servicio puede ser brindado tanto por un organismo público como por empresas privadas, pero siempre bajo la autorización, supervisión, y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente.

Con estas propiedades comunes llegamos a las siguientes características transversales a todos los servicios públicos de redes, conforme lo manifiesta Danós Ordoñez¹¹, *“que si bien en el Perú no se define explícitamente un servicio público, existen cuatro elementos que permiten caracterizarlos”*: i) su naturaleza esencial para la sociedad, ii) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, iii) su naturaleza regular, es decir que debe mantener un estándar mínimo de calidad y, iv) la necesidad de que su acceso se otorgue en condiciones de igualdad; a los cuales le añadimos un quinto elemento relacionado a su permanencia, conforme el autor citado lo hace en otro trabajo¹², al referirse a cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³.

¹¹ Danós Ordoñez, Jorge, El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana, artículo publicado en THEMIS Revista de Derecho N° 55, 2007, pp. 9-10

¹² Danos Ordoñez, Jorge, Regulación Económica de los Servicios Públicos, “La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010, p-177, el autor sostiene que “La categoría servicio público hace referencia a un régimen jurídico especial sólo aplicable a las actividades que el legislador expresamente califica como tales porque las considera esenciales y que se caracterizan porque somete a los operados al cumplimiento de determinados principios que se desarrollan y adoptan manifestaciones concretas en el régimen legal que regula cada uno de los indicados servicios”: (i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se le puede negar a ninguna persona el acceso a los servicios; (ii) continuidad en la prestación debido al carácter indispensable de los mismos; (iii) regularidad para asegurar parámetros mínimos de calidad en las prestaciones; y (iv) adaptabilidad a las evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios*.

*Estos principios han sido expresamente recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero del 2005, la que hemos reseñado en nuestro trabajo «El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana», en VIGNOLO, Orlando (coord.), Teoría de los Servicios Públicos, Grijley, Lima, 2009, pp. 13 y ss.

¹³ En base a lo consignado por Jorge Dános y lo escrito sobre el particular, analizamos las características:

a) La esencialidad, cumple una función que es pública y de carácter esencial para la subsistencia y el modo de vida, por lo que ha sido establecida en beneficio de toda la comunidad y debe prestarse a lo largo de su existencia; no se restringe su prestación aun tenga una duración temporal, indefinida o muy larga.

b) La regularidad, el servicio debe ser prestado de manera permanente sin ningún tipo de interrupción durante la prestación, debiendo tener un funcionamiento normal sin paralizaciones arbitrarias, asegurando criterios mínimos de calidad que garanticen la satisfacción del interés general. El prestatario del servicio no

Seguidamente, en el cuadro N° 1 se muestra las condiciones de los servicios públicos y el efecto que generan las mismas, conforme su prestación se otorga a la comunidad.

Cuadro N° 1
Condiciones de los Servicios Públicos y sus Efectos

CONDICIÓN	EFFECTO
Titularidad declarada a criterio del estado	POLÍTICO
Declaración por Ley	POLÍTICO
Servicio esencial e insustituible	ESENCIALIDAD
	REGULARIDAD
	IGUALDAD
	OBLIGATORIEDAD
	PERMANENCIA
Monopolio Natural (servicios de redes y condición de subaditividad)	POSICIÓN DE DOMINIO
El Estado mantiene prerrogativas	REGULATORIA
	SUPERVISORA
	FISCALIZADORA

Fuente.- Elaboración propia

Características Económicas

Luego de haber diferenciado un bien público de un bien privado, llegamos a las características económicas de los servicios públicos, las cuales se diferencian de los servicios privados; sin embargo, tenemos servicios de infraestructura que son bienes cuasi privados, aunque no perfectamente. Por lo tanto es conveniente distinguir varios aspectos entre bienes (servicios) públicos y privados. Los bienes públicos son aquellos bienes en los que el consumo de cada persona no evita que las demás personas también los consuman, en cambio, un bien es privado si el consumo de ese bien priva de su

deberá suspender o interrumpir la prestación de manera unilateral o injustificada sino, únicamente cuando por causas objetivas oportunamente reconocidas y admitidas, sea inevitable tal situación. Ello exige un permiso administrativo previo. También es posible que tal interrupción obedezca a circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, contempladas en los documentos operacionales o de servicio.

c) La igualdad (algunos autores la califican como uniformidad) significa que, habiendo sido establecido un servicio público en beneficio o interés de toda la comunidad, sus prestaciones deben ser iguales y sin discriminación para todos aquellos habitantes que se encuentran en idénticas condiciones para solicitar sus beneficios, asumiendo las tarifas pre establecidas, en tanto lo requieran, sin importar clase social, religión, sexo, ideas políticas, etc. La premisa del bienestar social debe imperar, así como el servicio público debe ser impersonal y general. Este aspecto indica que el servicio público es considerado un derecho de los ciudadanos independientemente de su capacidad de pago u otra característica. En este sentido, el Estado debe tratar de conseguir el acceso universal a estos servicios, no solo por las externalidades positivas que puede generar o mejoras en la productividad por ejemplo, sino como un objetivo de un mayor nivel.

d) La obligatoriedad se entiende cuando la prestación para la cual fue creado el servicio público debe necesariamente cumplirse, sin que pueda la autoridad administrativa o regulatoria beneficiar con ella a algunos y negarla para otros.

e) La permanencia quiere decir que el servicio público se mantendrá en la medida que subsistan las necesidades públicas para las cuales fue creado. Si la necesidad se extingue o deja de ser de interés público, el servicio debe suprimirse porque no existirá el fundamento racional y social de su existencia.

consumo a otras personas.

El cuadro N° 2 nos muestra las principales características e implicancias de los servicios públicos de redes, desde el punto de vista económico.

Cuadro N° 2
Industrias de Servicios Públicos, Características e Implicancias

CARACTERÍSTICAS	IMPLICANCIAS
Altos niveles de inversión: endeudamiento, asociaciones	BARRERAS DE ENTRADA
Altos Costos Hundidos	
Relevancia de Facilidades Esenciales	PODER DE MERCADO
Existencia de Integración vertical	
Intensiva en I&D (energía y telecomunicaciones.)	
Altos niveles de concentración	
Presentación de servicios masivos con significativos grados de insatisfacción	IMPORTANCIA SOCIAL
Valoraciones Políticas (electorales)	RIESGO POLÍTICO

Fuente.- Elaboración propia

Concluimos esta parte subrayando que el Estado en el caso de los Servicios Públicos, no puede dejar su prestación al libre albedrío del mercado o al juego de intereses mercantiles, por lo que seguidamente analizaremos su rol desde la perspectiva Constitucional.

2.1.2 Rol del Estado en relación a los servicios públicos.

(¿Qué señala la Constitución del Estado respecto de los Servicios Públicos?)

Para responder la interrogante es imprescindible comentar que la Constitución vigente, data de 1993 con cuyo nacimiento, el régimen económico del Estado Peruano sufre sensibles cambios al establecerle el rol subsidiario en lo económico y conferirle al sector privado diversas facilidades. Para el presente estudio es vital señalar que uno de los efectos del nuevo modelo económico ha sido que la explotación de los servicios públicos es otorgada a inversionistas nacionales y extranjeros a través de concesiones.

En tales condiciones bajo este nuevo enfoque constitucional, como sostiene Danós

Ordoñez (2010)¹⁴ *“Es importante apreciar que la Constitución peruana no establece un concepto de servicio público que tenga la misma significación en los diferentes artículos que los refiere. Es evidente que varios de los preceptos que utilizan la noción de servicio público están comprendiendo bajo la misma denominación la referencia simultánea a dos conceptos de servicios públicos: (i) algunos de los preceptos se refieren a los servicios públicos como sinónimo de funciones estatales, es decir como una denominación que los identifica genéricamente con el poder público, o la realización de actividades necesarias y con un contenido prevalentemente jurídico que implican el ejercicio de la autoridad por parte de las entidades estatales; en cambio (ii) otros preceptos constitucionales si utilizan un concepto más moderno de servicio público, para referirse a actividades económicas, de carácter prestacional, calificadas como esenciales por el legislador y que pueden ser gestionadas por los particulares”.* Para nuestro caso, nos acogemos al segundo concepto, al de las actividades económicas. En esa línea de análisis encontramos las siguientes referencias constitucionales:

Art. 58° *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.* (Título III Del Régimen Económico, Capítulo I Principios Generales)

Este enunciado es una clara referencia del rol orientador que cumple el Estado en el marco de un modelo económico de economía social de mercado, donde señala el rol promotor de los servicios públicos y de la infraestructura, entre otros fundamentales.

Evidentemente la expresión del artículo constitucional 58°, aunque use los mismos vocablos que los contenidos en el artículo 119° (analizado más adelante), está referida ya no a la Administración del Estado sino a la provisión de servicios públicos y de infraestructura bajo un régimen de libre competencia en el que se admite, según el texto vigente, un papel promotor del Estado además del rol de orientador en la materia¹⁵.

El propio Tribunal Constitucional el 16 de mayo del 2008 sentenció respecto de este artículo 58° lo siguiente: *“... según el cual el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en la promoción de servicios públicos e infraestructura. Dicha finalidad, como antes se ha recordado, es impulsar una política nacional de prestación de servicios públicos esenciales tales como: a) agua potable y alcantarillado, b) transmisión y distribución de electricidad, así como alumbrado público, c) gas natural y d)*

¹⁴ Danos Ordoñez, Jorge (2010) Óp. cit. p.11.

¹⁵ Santistevan de Noriega, Jorge, “Servicios Públicos, Regulación y Constitución” Ensayo publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 57.Año XIX Inversión Privada en Servicios Públicos, Lima, Junio 2004

telecomunicaciones”¹⁶.

Art. 92° “La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso”... “La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos”... “La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado...” (Título IV De la Estructura del Estado, Capítulo I Poder Legislativo)¹⁷

Un criterio distinto al espíritu de este artículo constitucional, generaría conflicto de intereses, ventaja estratégica en el empleo de información privilegiada, ruptura de la relación entre el Estado y las empresas concesionadas, desequilibrio entre el legislador y la población, renuncia expresa a la función fiscalizadora, etc. La Incompatibilidad de la función del congresista, les alcanza incluso cuando las empresas a las que está ligado, obtengan concesiones del Estado, por cuanto sería más significativa la asimetría en la relación de poder y de acceso a la información privilegiada entre las empresas prestadoras de servicios o gestoras de infraestructura y las personas no organizadas que se relacionan contractualmente con ellas.

Art. 119° “La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo

¹⁶ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional EXP. N.º 00031-2010-PI/TC Lima Municipalidad Metropolitana de Lima Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 1014, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de mayo de 2008, que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. En Lima, a los 23 días del mes de mayo de 2011.

¹⁷ El Reglamento del Congreso de la República acoge el texto constitucional del art. 92º y lo desarrolla incluyendo la prohibición de adquirir acciones de la empresas descritas en el art. 92º de la Constitución, siendo el texto Reglamentario el siguiente:

Incompatibilidades

Artículo 19° .- El cargo de Congresista es incompatible:

- a) Con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.
- b) Con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas o prestan servicios públicos.
- c) Con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas o de instituciones privadas que, durante su mandato parlamentario, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema bancario, financiero y de seguros supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Prohibiciones

Artículo 20° .- Durante el ejercicio del mandato parlamentario, los Congresistas están prohibidos:

- a) De desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.
- b) De adquirir acciones o aceptar cargos o representaciones en las empresas señaladas en los incisos b) y c) del artículo 19º precedente.
- c) De intervenir en favor de terceros en causas pendientes de resolución ante el Poder Judicial.

de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”.
(Capítulo V Del Consejo de Ministros).

Los organismos reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, y dependen en los aspectos de su sector y actividad económica regulada, a su respectivo Ministerio, porque de ellos surgen las normas cuyo cumplimiento luego supervisan.

Art. 162° *“Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía...”.* (Capítulo IX De la Defensoría del Pueblo).

Son también derechos constitucionales y fundamentales de toda persona natural o jurídica el acceso a los servicios públicos como el agua, electricidad, telecomunicaciones y transportes, y en ese sentido la constitución política hace la referencia expresa de que este derecho debe cautelarse otorgándole la responsabilidad de supervisar tal cumplimiento en su prestación a la Defensoría del Pueblo. Este artículo se relaciona con el artículo 65°¹⁸ de la misma Carta, que protege al consumidor y usuario a nivel Constitucional garantizándole el derecho de acceder a información sobre los servicios que utiliza.

Art. 192° *“Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo...”*

7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley...” (Capítulo XIV De La Descentralización)

Los gobiernos regionales formulan proyectos de desarrollo y realizan inversiones en sectores como la electricidad y el saneamiento básico, agua, desagüe y alcantarillado, y sus servicios son relativamente supervisados y fiscalizados por los Organismos Reguladores. En principio (estos servicios) deberían ser prestados por empresas privadas, por aplicación del artículo 60° que consagra la regla de la subsidiariedad¹⁹ del

¹⁸ **Artículo 65°.** El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

¹⁹ La subsidiariedad fue formulada como principio por primera vez en la doctrina social de la Iglesia Católica de los últimos dos siglos (1). Este instituto fue delineado de un modo sistemático por el Papa León XIII quien se enfrentó con los problemas y dificultades de la sociedad industrial caracterizada por la miseria en las condiciones de trabajo de los obreros, las distorsiones sobre el salario, el mercado, la oferta y la demanda. Esta problemática motivó la respuesta de la Iglesia Católica que se plasmó en la Encíclica *Rerum Novarum*. En dicho documento, León XIII sentenció: “No es justo que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el

Estado en la actividad económica, de modo que este sólo puede desarrollar actividad empresarial en los sectores en los que no haya oferta privada o aun existiendo dicha oferta, ella resulte insuficiente, lo que indica que el rol del Estado no consiste necesariamente en prestar directamente los servicios públicos, sino la obligación de crear las condiciones para asegurar su efectiva prestación a todos los ciudadanos²⁰.

Art. 195° “Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo...” “Son competentes para...:

5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad...” Capítulo XIV De la Descentralización

Igualmente, los gobiernos locales, en menor escala, formulan proyectos de desarrollo y realizan inversiones en sectores como la electricidad y el saneamiento básico, agua, desagüe y alcantarillado, y sus servicios también son supervisados y fiscalizados por los Organismos Reguladores, aunque no necesariamente se les aplique las sanciones establecidas en los procedimientos de supervisión, debido a que la ley de concesiones eléctricas por ejemplo, exige que tengan un permiso municipal para prestar el servicio, y al carecer del mismo, no se puede ejercitar íntegramente la función de los reguladores.

Por último, en la **Disposición Final y Transitoria Octava** se establece lo siguiente: “Las

Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie [...]. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros. [...]. Si, por tanto, se ha producido o amenaza algún daño al bien común o a los intereses de cada una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá afrontarlo el poder público” (2).

(1) Sin embargo, es posible encontrar en épocas anteriores algunos atisbos de lo que posteriormente sería la formulación del principio que nos ocupa. Así, pueden encontrarse referencias implícitas de la subsidiariedad en el Preámbulo del Decreto español de 14 de noviembre de 1868, firmado por Ruiz Zorrilla en la Revolución de 1868: “Por muy importantes que sean las obras públicas y grandes los intereses que representan no constituyen una excepción a las leyes del trabajo humano; progresan con la libertad, se paralizan con los sistemas restrictivos y, en la industria privada y en la asociación libre estriban su porvenir y su engrandecimiento [...]. Así, el Estado seguirá construyendo obras [...], pero sólo en un caso: cuando una necesidad imperiosa, general, plenamente demostrada lo justifique y la industria privada no pueda acometer tal empresa [...]. En oposición, [...] la industria privada, la acción libre del individuo, hallarán todas las facilidades compatibles con los sagrados derechos que la Administración no puede en modo alguno sufrir que se atropellen”. Cita tomada de: Retorillo Baquer, Martín Sebastián, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1988. p. 137.

(2) León XIII, *Rerum novarum*. n. 55, disponible en:

http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerumnovarum_sp.html, visitado el 10/02/2008, 21:30 horas.

Comentario Tomado del Artículo: Aplicación del Principio de Subsidiariedad Estatal en el Servicio de Transporte Terrestre: La Situación Peruana de César Martín Vincés Arbulú, aparecido en la Revista de Investigación Jurídica, Vol. I, recuperado del enlace electrónico:

www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/MARTIN-VINCES.pdf.

²⁰ Danós Ordoñez, Jorge (2010) Óp. cit. p. 11.

disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional"... "Tienen prioridad...: "2. Las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos".

Los servicios públicos regulados, son en esencia servicios de redes, por tanto tienen la condición de monopolio natural y además la condición de subaditividad de costos²¹, por lo que es más eficiente que la prestación se dé a cargo de una sola empresa. La eliminación progresiva de los monopolios legales es una tarea ardua y de muy difícil implementación, se debe preservar el bienestar de la población, la calidad del servicio y tarifas justas, tanto para la comunidad como para la industria que brinda el servicio. Esta disposición sugiere la dación de una norma Antimonopolio que evite la integración sea horizontal o vertical del negocio; es decir, un efectivo control de fusiones. En tal sentido, ya el artículo 65° de la Carta consagra a nivel Constitucional la protección al consumidor y el usuario; protección que obviamente comprende el acceso y uso de los servicios públicos.

Concluimos sosteniendo que la Constitución Política del Estado le ha asignado: responsabilidades y roles a los diferentes estamentos del Poder Político, sean de carácter nacional, regional o local; restricciones a los representantes del Estado; y, tareas a diversos organismos para crear las condiciones apropiadas que estimulen la inversión y la adecuada prestación de los servicios públicos. Sin mencionarlo, el texto constitucional a través de los organismos reguladores, procura la adecuada prestación de los servicios públicos esenciales, pues la gestión de éstos es responsabilidad de los particulares mediante un régimen de privatización o contratos de concesión²².

2.1.3 Corriente Mundial del Proceso de Concesiones y Privatizaciones de

²¹ Se dice que en la producción de un bien existe monopolio natural cuando la función de costos exhibe subaditividad para las cantidades demandadas, es decir cuando una sola firma es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien en cuestión, a un costo menor o igual al que tendrían a dos o más firmas. Esta definición vale para el caso que la firma venda un único producto o varios productos.

²² Cabe replicar a manera de síntesis de este numeral lo escrito por Danós Ordoñez: "Como puede apreciarse en el ordenamiento jurídico peruano, el rol del Estado en los servicios públicos consiste en garantizar la prestación de los mismos mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo preferentemente a cargo de operadores privados. En un Estado social y democrático de Derecho, que consagra la economía social de mercado, la responsabilidad del Estado respecto de los servicios públicos de contenido económico y de carácter de prestación se justifica en la obligación asignada al Estado de generar las condiciones materiales indispensables que permitan a los ciudadanos obtener el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, los servicios públicos refuerzan la legitimidad del Estado respecto de sus ciudadanos". Danós Ordoñez, Jorge, Regulación Económica de los Servicios Públicos, "La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios" Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010, p-178.

los Servicios Públicos.

COMENTARIOS GENERALES

Borja Colón (2010)²³ nos recuerda que *“el término privatización fue acuñado en la primera mitad de los años treinta en Alemania²⁴, en trabajos que discutían la política de privatización aplicada por el primer gobierno del régimen nacionalsocialista de Hitler. En lo que probablemente constituye uno de los primeros ejemplos de su uso, Heinz Marschner escribía en febrero de 1934 en Der Deutsche Volkswirt: “Este ensayo realiza una propuesta interesante: la reprivatización del transporte urbano que, después del período de inflación, cayó bajo control público, especialmente en manos de los gobiernos locales”. A este texto, que analizaba la posición del gobierno nazi favorable a retornar al sector privado la propiedad del transporte urbano, siguieron otros trabajos publicados entre 1934 y 1936 en el mismo semanario relativos a otros sectores como el bancario. Luego el mismo Borja (2010) relata que en una crónica del 1 de agosto de 1936 el mismo Heinz Marschner, siendo ya el corresponsal de The Economist en Berlín, comentaba un editorial suyo previo del 9 de abril de Der Deutsche Volkswirt, escribiendo lo siguiente: “Re-privatización, como es denominada, ha sido empleada en los casos de los tres bancos”. Esta crónica de 1936 en The Economist llevaba al inglés el término privatización, que quedaría instalado para siempre en la literatura...” “y es en 1981 en un diccionario de inglés, donde apareció la primera definición del término privatización, con la siguiente definición: Transformar el estatus de (un negocio o un sector) desde el control o propiedad pública a la privada”.*

Por otro lado, sabemos que *“existen actividades valoradas por la sociedad como servicios básicos, es decir, consideradas como esenciales para las transacciones que se efectúan en el mercado. Sus marcos normativos contemplan una estrecha relación entre la empresa y el Estado, que se revela a través de la emisión de reglas relativas a los*

²³ Borja Colón de Carvajal Fibla, Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Administrativo, 2010, tomado del enlace electrónico: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/201010-654321987852.html>.

²⁴ Sin embargo, las entidades reguladoras cuentan con una historia de más de 120 años en Estados Unidos e Inglaterra, y de aproximadamente 40 años en Alemania y Francia. Nacen en el mundo anglosajón donde los conceptos de participación y organización autónoma de la gente provienen de su religión y de la idea de descentralización de su cultura política. En Estados Unidos, la primera entidad reguladora (Comisión Interestatal de Comercio - ICC) surgió por la lucha de los agricultores contra los dueños de los ferrocarriles hacia 18872 para evitar la manipulación de precios por parte de los empresarios de ferrocarriles. Esta tendencia se potencia con el "New Deal" keynesiano de Franklin D. Roosevelt y la sucesiva regulación de la energía eléctrica, servicios bancarios y financieros, transportes, telecomunicaciones, prestación de servicios de salud y otras esferas de la actividad económica. Sin embargo, hacia finales de la década de 1970 esta tendencia se atenúa y revierte, en algunos casos, en la economía norteamericana. (Esta cita ha sido tomada del Libro El Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN – 2010, de la web institucional).

derechos y obligaciones de las empresas de servicios públicos. Para esto se diseñan mecanismos y se otorgan contratos de concesión” (Gupta, et al., 2002)²⁵.

Por tanto tenemos dos figuras que se entrelazan, la transformación del estatus de un negocio o un sector desde el control o propiedad pública a la privada, y el diseño de mecanismos para otorgar contratos de concesión.

En consecuencia, los contratos de concesión vienen a constituir el colofón de un proceso denominado "privatización", siendo este un término que comprende y expresa muchos otros conceptos que abarcan desde la pertenencia hasta el manejo de las actividades de una empresa que se comporta dentro de las fuerzas que intervienen en el mercado. Comprende desde la total desnacionalización hasta el extremo de la completa sujeción al libre juego del mercado. Para el caso de nuestro estudio que nos referimos al comportamiento de los servicios públicos de redes, encontramos en la literatura consultada que la privatización ha sido explicada también como paraguas, dentro del cual tenemos diversas políticas cuyo propósito es otorgarle preponderancia al “juego del mercado” minimizando la intervención del Estado o del sector público en la prestación de estos servicios. Por ello podemos afirmar que no solo se trata de un proceso de cambio de propiedad, sino mejor, de liberalización y desregulación de actividades restringidas al sector público, cuya provisión ahora corre a cargo del sector privado.

Ahora bien, el impulso otorgado por los Estados entre ellos el nuestro a la privatización de sus servicios públicos, no necesariamente se ha sustentado en las mismas razones, éstas varían de un país a otro e incluso dentro del mismo país según la época. Sin embargo, es factible presentar el siguiente listado, muy general por cierto:

Razones de Tipo Ideológico.- Son particularmente intensas y explícitas en Gran Bretaña y Francia, y en otros países europeos en menor medida (Italia, España, Bélgica o Alemania). Se basa en una óptica anti-Estado o anti-Sector Público, que procura reducir la participación estatal en la vida económica, por considerar que su intervención erosiona la responsabilidad personal y minimiza la creatividad e iniciativa individual. En Francia, consistió en una tendencia en contra del Colbertismo²⁶, y en Gran Bretaña, se trata de

²⁵ Gupta, P.; Lamech, R.; Mazhar, F. y Wright, J. Mitigating regulatory risk for distribution privatization. The World Bank Part Risk Guarantee, 2002 p. 4.

²⁶ Es la doctrina económica que puso en marcha Jean Baptiste Colbert (1619- 1683), está basada en la idea de que la prosperidad y el poder de un país están íntimamente unidos a la cantidad de oro que el Estado tenga en sus arcas y a la riqueza de sus ciudadanos, fomentando el proteccionismo y las industrias nacionales. Este destacado mercantilista francés ya como ministro de Luís XIV, institucionalizó la exportación de productos franceses para crear oro y a cuyos efectos desarrolló de forma muy importante la industria gala. Por ello, el mercantilismo francés es conocido como colbertismo. Su principal objetivo estuvo dirigido a la reforma financiera del Estado. La contabilidad se hizo más racional y se redujeron los gastos a la hora de recaudar impuestos. Mediante la creación del monopolio de tabacos y el impuesto del timbre, logró equilibrar la balanza de pagos. Se interesó por la creación de nuevas industrias y estimuló el desarrollo de la marina

una reacción, en contra del semi-colectivismo²⁷ de la era de la posguerra. Otra razón ideológica, ha sido la creencia bastante difundida de que las empresas públicas y los servicios brindados por el Estado, limitan la elección de los consumidores, al disfrutar de posiciones de monopolio dentro del mercado, además de ser ineficientes. También podemos citar el impulso de los gobiernos por fomentar un "capitalismo popular", que en el caso peruano se denominó "acciones de participación ciudadana", haciendo partícipes de la propiedad de las empresas privatizadas a los trabajadores y ciudadanía.

Razones de Tipo Económico.- Las razones económicas difieren en alcance y objetivo en cada país. Citamos por el efecto multiplicador generado hacia otros países, a Chile desde 1973, e Inglaterra a partir de 1979 que por medio de la privatización buscaron un cambio definitivo en las estructuras de la economía. Francia es otro ejemplo entre 1986 y 1988 donde solo pretendió conseguir un cambio en las reglas del juego de la economía, y no en toda su estructura. Ambos países con finalidades distintas si buscaron liberalizar prácticamente todos los mercados y conseguir así competitividad y eficiencia en sus empresas, y evitar los monopolios. Otra razón de carácter económico, es el objetivo de conseguir a través de la privatización, una racionalización de la cartera de activos de la empresa privatizada y una reorganización de las estrategias de inversión. Una razón más se fundamenta en la necesidad de cambiar las presiones fiscales, la exigencia del nivel de salarios, el elevado nivel de estabilidad del empleo y el trabajo ineficaz; todo lo cual hace casi imposible el saneamiento de las empresas estatales de servicios públicos.

Razones de Tipo Financiero.- Muchos estados, principalmente en América Latina, encontraron que la venta de los activos pertenecientes a empresas estatales constituía una fuente muy importante de ingresos de dinero fresco a las arcas del tesoro, sin embargo, también ha constituido una fuente para críticas sobre el correcto uso y destino de esos fondos en varios países. El nuestro, durante el impulso privatizador (1990-2000)

mercante para fomentar la expansión colonial. Para lograr estas metas, se fundaron las Compañías de las Indias Orientales y Occidentales en el año 1664. Con el fin de fomentar el mercado interno y el desarrollo industrial, se construyeron importantes obras públicas como el Canal del Midi. (Comentario elaborado en base a información de: <http://histeconomica.blogspot.com/2007/11/colbertismo-mercantilismo-francs.html>)

²⁷ En la posguerra John Maynard Keynes era la figura dominante en la economía y el teórico social Harold J. Laski era el ídolo político que reinaba en la Escuela de Economía de Londres (London School of Economics), donde Hayek era catedrático. Aún pueblos tradicionalmente capitalistas, como Gran Bretaña y los Estados Unidos, habían sido penetrados por los controles gubernamentales de una economía de guerra, en una era de fervor patriótico en la que los líderes estatales eran héroes y en la cual la subordinación del individuo a la lucha por la supervivencia nacional era el lema del mundo civil, así como del militar. La economía keynesiana imperaba, con su visión de un gobierno sabio que mantenía el empleo total compensando las deficiencias del mercado. Hayek estaba claramente fuera de lugar, y virtualmente solo. Por aquel entonces, Milton Friedman era un economista poco conocido que hacía investigaciones en estadísticas matemáticas. La mayoría de otras instituciones e individuos que más tarde portarían las banderas del libre mercado aún no existían en 1944. Joseph A. Schumpeter había escrito su obra *Capitalismo, Socialismo y Democracia* criticando la visión socialista, pero, en última instancia, aceptándola como inevitable.

estuvo administrado por un gobierno en extremo corrupto²⁸. Cabe considerar como otra razón de tipo financiera, el hecho de que la privatización facilita enormemente el acceso a los mercados de capitales internacionales de una forma mucho más rápida y directa, en la medida que la privatización formaba (forma) parte de las recetas del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM). Así también, es de carácter financiero y estabilizador del presupuesto público el hecho de que al procederse a la privatización de una empresa estatal, se cortan de raíz los subsidios y subvenciones. Una última razón de tipo financiero, es que el proceso de privatización es capaz de ampliar el mercado de valores, introduciendo en él a muchos y nuevos inversores, haciéndolo más dinámico mediante al acceso al mismo de empresas con fuertes posiciones en el mercado.

Las Concesiones y Privatizaciones en el Contexto Mundial

Seguidamente, habiendo desarrollado las razones que han llevado a los Estados en el Mundo a privatizar sus empresas públicas, analizaremos brevemente el Contexto Mundial, y tenemos que siendo antiguo el fenómeno, es a partir de la segunda mitad de los ochenta en que las caracterizaciones de la privatización se hacen más concretas. En muchos textos que tratan este fenómeno mundial encontramos algunos trabajos que ponen énfasis en las nociones de transferencia al sector privado de actividades hasta entonces desempeñadas por la administración pública, en el aumento del papel del sector privado en una actividad, en la delegación de responsabilidades al sector privado o en el cambio desde lo público a lo privado en la producción de bienes y la prestación de servicios públicos.

En tal sentido destacamos que los efectos de un modelo de gestión sea público o privado, ha sido desde hace ocho décadas aproximadamente, un aspecto relevante en la decisión de sostener o transferir la propiedad de algunas actividades económicas entre las cuales ha estado presente la explotación de los servicios públicos. Desde esa fecha, la década de los 30, la economía mundial ha sufrido severos impactos de importantes eventos como la segunda guerra mundial, el fortalecimiento del comunismo internacional bajo auspicio soviético o chino, la guerra fría, la caída del muro de Berlín, la separación en Estados independientes del Bloque Soviético, la apertura China a la economía de mercado, la consolidación de bloques comerciales regionales y mundiales, el gran impulso a las finanzas internacionales, entre otros, que han gravitado en dos modelos de desarrollo económico, el de libre mercado y el de planificación centralizada a cargo del Estado. Este último hoy, languidece por efecto de la mundialización de la economía.

²⁸ Recomiendo la lectura del Informe Final de la Comisión de Investigadora sobre los Delitos Económicos y Financieros cometidos entre 1990-2001 del Congreso de la República, Año 2002.

Igualmente, cabe enfatizar como lo recuerda Hudson (2013)²⁹ que *“las finanzas han sido la madre de los monopolios al menos desde que los holandeses y otros acreedores extranjeros ayudaron a Inglaterra a constituir la Compañía de las Indias Orientales en 1600, el Banco de Inglaterra en 1694 y otros monopolios comerciales que culminaron en la Compañía de los Mares del Sur en la segunda década del siglo XVIII”*; esta asociación o consecuencia entre las finanzas y los monopolios, ha perdurado a través de los siglos adaptándose sin inconvenientes a la economía de mercado o a la planificada.

Los Chicago Boys

Por el año 1950, el Departamento de Estado de EE.UU. con apoyo financiero de la Fundación Ford organiza un proyecto de capacitación con el objetivo de influir en el pensamiento económico chileno, cuyo resultado fue “El Proyecto Chile”. El proyecto captó un grupo de jóvenes economistas chilenos en su mayoría egresados de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que bajo las enseñanzas del premio nobel de Economía Milton Friedman y del ideólogo neoliberal Arnold Harberger completan el proyecto a principios del año 1970. Estos son los Orígenes de los Chicago Boys, para quienes la expresión “mercado libre” significa dar vía libre al sector financiero; es exactamente lo contrario de la idea de los economistas clásicos de liberar a los mercados de las rentas y los intereses. Mientras los preceptos económicos tradicionales buscaban establecer criterios regulativos, el Instituto Friedman fomentará a ultranza, la desregulación³⁰.

Durante el régimen militar de Pinochet en Chile (1973-1990), los Chicago Boys fueron los artífices de las reformas económicas y sociales que dieron nacimiento a una política económica referenciada en la economía de mercado de orientación neoclásica y monetarista, y en la descentralización del control de la economía. El eje principal fue la aplicación de un programa de privatización y reducción de gasto fiscal para aminorar la actividad empresarial del Estado y para bajar los gastos públicos innecesarios. Es así que Chile bajo un gobierno de facto es el primer país en adoptar los principios de Friedman: “más espacio de decisión a las personas (sector privado) y menos al Estado”.

La situación económica y social chilena en aquel entonces era el de una grave crisis, y una de las primeras medidas fue una política de reducción del gasto fiscal, la

²⁹ Hudson Michael & Jeffrey Sommers, El legado económico de la Sra. Thatcher, reina madre de la austeridad y la financiarización globales, 2013, publicación obtenida a través del enlace electrónico <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=5877>

³⁰ Milton anotaba que, 10 años antes (2003), el habría aconsejado 3 cosas a los países que vivían una transición al socialismo: “Privatizar, privatizar y privatizar” “Pero me equivoqué- añadió-. Seguramente el Estado de derecho sea más importante que la privatización” (entrevista con Milton Friedman, Gwartney y Lawson, 2002) (Tomado de una exposición de la Gerencia General que se encuentra en la página web institucional de OSINERGMIN).

reestructuración del aparato estatal y un control estricto de la gestión presupuestaria. Ya ejecutadas estas medidas, se dio inicio a un conjunto de reformas, incluyendo la reforma tributaria, la reforma laboral, la des-regulación o liberalización de controles en diversos sectores de la economía (fundamentalmente la agricultura), el libre ingreso de inversiones y divisas, y la reducción drástica de los aranceles, gastos aduaneros y de todo tipo de restricciones para-arancelarias. Posteriormente vino la reforma de la seguridad social con la creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), un nuevo Código del Trabajo, **las privatizaciones de empresas llamadas "estratégicas"**, y la apertura sectorial a la empresa privada, tanto en servicios públicos como en otras actividades económicas (minería, energía, telecomunicaciones, infraestructura, etc.).

Estos jóvenes economistas, que fueron alrededor de 25, fueron los verdaderos pioneros en ejercicio del pensamiento neoliberal, anticipándose a las medidas que varios años después aprobaría Margaret Thatcher en el Reino Unido. Los resultados de este modelo motivaron a Milton Friedman para que acuñe el término *The miracle of Chile*, el "milagro de Chile", para referirse a la obra de sus discípulos en ese país.

Se impulsa una Corriente Mundial

Justamente, el efecto multiplicador de este fenómeno económico alcanza niveles de corriente mundial, pues el proceso de concesiones y privatizaciones de los Servicios Públicos y su desarrollo más significativo se extiende bajo las administraciones de Margaret Thatcher en Inglaterra y de Ronald Reagan en Estados Unidos de Norte América. Esta orientación de ver al sector privado como inmejorable alternativa para la explotación de negocios que estuvieron a cargo del Estado, se extendió a un grupo de países del primer mundo, como España, Italia, Francia, Canadá y Alemania, y también a casi a todos los países latino - americanos. En Europa Oriental, el proceso siguió su curso, sujeto a las turbulencias políticas propias de una transición de las magnitudes de las que se vivieron en esa región por efectos de la caída del muro de Berlín. Polonia, Rumania, Hungría, y los países bálticos, se desplazaron de manera más significativa hacia las áreas de infraestructura, incluyendo agua, electricidad y aeropuertos entre otros sectores. En África, países como Marruecos, Camerún, Egipto, Túnez y Ghana desarrollaron ambiciosos programas de privatización que incluían líneas aéreas, minas, telecomunicaciones, turismo y otros servicios. En Asia también, la política de privatización cobró crucial importancia, por ejemplo, Pakistán puso a la venta unos Boucher que en un plazo de dos años se convertían en acciones de la empresa de telefonía, igualmente reestructuró el sector eléctrico y actualizó los marcos regulatorios para permitir la inversión privada tanto nacional como extranjera. Otro ejemplo es Sri Lanka cuyo proceso

de privatización, ha incluido los servicios de su línea aérea, de la compañía de teléfonos y de otros servicios. Por último, es destacable la India, que bajo el auge de grandes inversiones y flujos de capital externo atraídos por las reformas económicas que incluyeron la privatización de numerosas empresas públicas como la compañía de teléfonos, ha logrado verse como una economía de gran porvenir, y China, que en los últimos años implementó en gran proceso privatizador³¹.

Como apreciamos la ola privatizadora abrazó la economía mundial hacia finales de los setenta y principios de los ochenta, y bajo el auspicio del FMI y el BM continúa en la actualidad. En consecuencia acertamos al afirmar que, las concesiones y privatizaciones pueden ser calificadas como un fenómeno o corriente que ha impactado en muchos países en el contexto mundial, sin distinguir posiciones ideológicas. Esta corriente se involucra como una política de estado que bajo el argumento de racionalizar el ámbito empresarial del Estado, logra transformar sustancialmente las economías nacionales, y transferir al sector privado, con ciertas agilidades, importantes recursos y activos financieros. Muchos analistas que han estudiado a profundidad la privatización de los Servicios Públicos, la definen como la transferencia de funciones y actividades del sector estatal al sector privado o para estatal, directamente no controlado por el Gobierno, pero sujeto sí a ciertas reglas (la regulación), sin las cuales sus estándares de calidad quedarían a merced de los inversores. En la mayoría de los países donde se han desarrollado los procesos de concesiones y privatizaciones no basados en razones ideológicas, se les ha relacionado a la intención de hacer más racional el gasto público y la acción de los gobiernos, y consecuentemente, hacer más eficaz el funcionamiento de los mecanismos de Estado, fortaleciendo el “juego del mercado”.

Por tanto, resulta claro que la decisión de entregar al sector privado servicios públicos que tradicionalmente controlaba el sector estatal, como son: la electricidad, la telefonía, el petróleo, los ferrocarriles, los correos y telégrafos, el agua potable, entre otras, fue adoptada en circunstancias donde el margen de discusión era muy limitado por la crisis en que se sumergían sus economías y por las presiones de organismos internacionales.

³¹ La siguiente nota de prensa nos ilustra acerca del proceso privatizador en China: BEIJING, China/EFE China privatizó 60 mil empresas en 9 años, En los últimos años el régimen comunista aceleró su proceso de reforma del sector estatal. De las 87 mil empresas afectadas por la reforma, más del 70% fue privatizada parcial o totalmente. China privatizó casi 60 mil empresas estatales del sector industrial entre 1996 y 2005, dentro de la estrategia del Gobierno de sanear la economía y adaptarla cada vez más a las leyes del mercado, informó ayer sábado la agencia Xinhua. En 1996, China tenía registradas 114 mil empresas industriales estatales, y en 2005 la cifra quedó reducida a 27 mil. De las 87 mil empresas afectadas por la reforma, más del 70% fue privatizada parcial o totalmente, mientras un 26% se fusionó con otras, o fueron liquidadas, según un reciente informe de la Corporación Financiera Internacional. Accedida en el enlace electrónico: <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2005/11/06/hoy/negocios/392892.html>.

Esta reducción de la actividad estatal, en la producción de bienes y la prestación de servicios, respondió a la premisa de aceptar como inevitables las privatizaciones como mecanismo eficiente para reducir las dimensiones y frenar las tendencias al crecimiento de la propiedad pública; sin embargo, en muchos países el tamaño del Estado no se redujo necesariamente a los niveles deseados.

De otro lado, no todos los países tenían el mismo partidario si lo vemos en magnitud de crisis, cabe resaltar en el extremo que los países del orbe socialista sucumbían en un severo desprestigio de sus economías, altamente centralizadas y planificadas por excelencia, con ausencia de la iniciativa privada o relativizada totalmente. Este escenario fortaleció las entrañas de estas ideas neoliberales, que como esencia sostenía que las empresas públicas en general, se caracterizan por su bajo o negativo desempeño económico e ineficacia.

Circunstancia que ha prevalecido para imponer con cierta facilidad esta corriente de pensamiento económico que propuso la venta, fusión, concesión, íntegra privatización o liquidación, de las empresas públicas encargadas de la prestación de los servicios públicos ya mencionados. La justificación que ha solventado este fenómeno ha sido la de ampliar o mantener el gasto social de manera sustentable, y no orientar una parte importante del presupuesto estatal, en el desarrollo o mantenimiento de este tipo de empresas que en buena cuenta le restan mercado a las del sector privado, cuando ellas existen; o compiten de manera desleal con estas, o se constituyen en monopolios legales.

De esta forma convendremos en aceptar que las privatizaciones y las concesiones como decisión del Estado o como política de gobierno se ha extendido a nivel mundial, algunas veces auspiciada o promovida por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, como el caso de los países subdesarrollados justificándose en la necesidad de agilizar el pesado aparato estatal que ancla en el subdesarrollo a muchos países en el orbe, o en otros casos por razones ideológicas.

A manera de resumen, el cuadro N° 3 nos muestra el sustento y la intencionalidad de los procesos privatizadores (Re privatizaciones porque en muchos casos, las empresas originalmente de capital privado, fueron estatizadas y luego devueltas al sector privado) en algunas regiones del mundo.

Cuadro Nº 3
Privatizaciones por Regiones del Mundo

Regiones	Subregiones	Formas que adoptan las (Re) privatizaciones
América	América del Norte	Reprivatizaciones graduales y prudentes para garantizar servicios públicos eficientes.
	América Central y el Caribe	Venta de empresas públicas y políticas para mejorar los servicios públicos.
	América del Sur	Venta de empresas públicas y entrega de actividades claves de la economía al sector privado.
Asia	Norte de Asia	Japón y Corea del Norte: Reprivatizaciones prudentes.
	Asia Central	China mantiene una política cautelosa y aceptan un sector privado limitado.
	Sudeste Asiático	En transformación con fuerte crisis en el manejo de sus empresas públicas.
	Oceanía	(Re) privatizaciones prudentes.
Europa	URSS y Europa Central	Hacer avanzar el proceso de privatizaciones dentro de una transición gradual y sin alteraciones, hacia una economía de mercado.
	Europa Oriental	Crear estructura apropiada para la existencia de un sector privado. Conformación de grupos financieros, y creación de una nueva clase empresarial.
	Europa Occidental	Reprivatizaciones graduales y prudentes en un contexto de garantía de los servicios públicos de calidad y eficientes.

Fuente.- Inostroza Fernández, Luis Las Reprivatizaciones Como Proceso a Nivel Mundial, Gestión y Estrategia, Dpto. de Administración Edición Internet, ubicado en el siguiente enlace electrónico: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num1/doc7.html>

2.1.4 Experiencia Latino Americana en Concesiones y Privatizaciones de los Servicios Públicos.

Comentario Previo

La génesis de este fenómeno surge por un lado, porque las empresas que proporcionaban servicios públicos (como suministro de agua, telefonía, electricidad, gas, transporte, etc.) que contaban con participación privada, no estuvieron en capacidad de brindar sus prestaciones de manera adecuada, o extender el servicio a la población emergente y marginal, generalmente dispersa y aislada, lo que “obligó” la intervención del Estado para llegar a estas regiones consideradas "no lucrativas" a proporcionar servicios a bajo costo (subsidiado) para estimular la integración de sus pueblos, la producción de negocios potenciales y mejorar la salud de estos consumidores potenciales. En otros casos, las empresas públicas fueron producto de la nacionalización de las empresas extranjeras con inversión privada dominante. Lo cual se produjo principalmente bajo regímenes con elevada tendencia estatista, algunos de los cuales fueron gobiernos de facto como el caso peruano (Velasco 1968-1975). Las empresas con inversión estatal surgieron en sectores industriales y de servicios estratégicos para la seguridad nacional, (ej. puertos y aeropuertos, energía, petróleo, comunicaciones), y también porque eran necesarias para

captar divisas vía exportaciones para financiar una gama amplia de programas de desarrollo esencial, y para hacer importaciones que sostenga la producción y el consumo. Este es el caso, por ejemplo, del petróleo, los minerales, y la energía eléctrica, etc., que se utilizaron para financiar o subsidiar ampliamente la inversión nacional de origen privado, en la industria nacional. Sin embargo, estas empresas más adelante durante su explotación, entraron en crisis y tuvieron problemas de altos déficits y de desequilibrio presupuestal suficientemente serios y vinculados al funcionamiento del sector público, y a la manera cómo funcionaba su organización interna³².

Otro elemento gravoso para estas empresas fue la estructura de precios para los productos y servicios del sector público puesto que se establecían con base en los intereses de las corporaciones privadas; esto trajo consigo subsidios privados y pérdidas públicas. Con frecuencia, el Estado suministró energía a la industria por debajo de su costo, y absorbió las pérdidas. En otras ocasiones, los ingresos de las empresas públicas no se reinvirtieron, sino que se transfirieron a fondos públicos, a la caja fiscal, por lo que el sector público no logró su modernización ni eficiencia por "falta de recursos económico-financieros". En suma, estas fuerzas de carácter político, económico y social, operaron de manera conjunta para generar la crisis del sector público.

Todos estos vectores crearon la antesala apropiada para justificar una decisión a favor del sector privado, abriendo los países latinoamericanos las puertas para las intervenciones de la banca y de las corporaciones internacionales a través del FMI y sus "cartas de intención".

Ahora bien, como ya manifestamos las discusiones de privatización en la década de los ochenta se inspiraron básicamente, en el modelo neoliberal y en la teoría económica neoclásica que se fundamenta en la creencia en que las fuerzas del mercado distribuyen los recursos, salarios, bienes y servicios más efectiva y eficientemente que las fuerzas interventoras del Estado, que como sabemos

³²El exceso de trabajadores fue otro problema permanente, ya que en muchos casos el Estado funcionó como empleador de última instancia, absorbiendo el exceso de fuerza de trabajo que el sector privado no ocupaba. El resultado fueron altos costos administrativos, una planilla inflada y trabajo administrativo improductivo. A ello hay que agregar la tendencia entre los gobernantes de turno a utilizar al Estado como mecanismo de clientelismo político, para pagar el favor político de simpatizantes y votantes. Para ahondar esta crisis, también contribuyó, la permanencia y rigidez de las empresas del sector público como consecuencia de las actitudes de los sindicatos de trabajadores vinculados a los partidos nacionalistas o socialistas que defendieron la ineficiencia de los empleados del sector público. Cualquier intento por incrementar tarifas para mejorar el servicio para los consumidores fue atacado por la clase trabajadora bajo cierta retórica clasista laboral que aducía la protección de los intereses de la "clase trabajadora".

esta apreciación está orientada y referida a minimizar la participación económica del Estado en las actividades empresariales que incluye a los servicios públicos. Por otro lado, de una revisión de la literatura más reciente sobre la privatización, se pueden inferir por lo menos tres corrientes sobre la base de las razones ya expuestas que ayudan a comprender y analizar este proceso para el caso latinoamericano y así se aprecie en real magnitud.

La primera considera a la privatización como un fin en sí mismo enfatizando sus aspectos económicos. Se asumen los procesos de privatización en términos comparativos, basándose en las experiencias de los países desarrollados y de algunos países en vías de desarrollo³³, evaluando los resultados en términos de éxitos o fracasos alcanzados, destacando los primeros sobre los obstáculos o dificultades. Se pondera el ahorro del gasto fiscal del Estado y el nuevo estilo de gerencia orientado hacia la búsqueda de eficacia y eficiencia en los entes una vez privatizados. En esta perspectiva, la sociedad civil es el empresariado organizado y se coloca por encima del Estado, convirtiéndose el primero en instrumento para aumentar la eficacia del segundo. Aquí es fundamental disminuir la presencia del Estado en la economía, a efectos de alcanzar una nueva división del trabajo entre lo público y lo privado para aumentar la eficacia y eficiencia de ambos, manteniendo siempre separados estos sectores; “El estado opera en el ámbito estricta y tradicionalmente social y el empresariado, en el ámbito económico”. Esta idea es una condición necesaria para que una sociedad alcance el desarrollo medido en términos de crecimiento económico.

La segunda destaca los aspectos sociales y políticos del proceso de privatización y lo relaciona con la tradición sociopolítica y cultural que le es propia a cada país. De allí que los procesos de privatización devienen de decisiones políticas que se toman asociadas principalmente a una forma específica de Estado. Aquí se sostiene que las condiciones socioeconómicas en las cuales se llevaron a cabo los procesos de privatización en los países europeos, discrepan de las condiciones presentadas en los países latinoamericanos, así como también se sostiene, las diferencias socio históricas entre los propios países latinoamericanos. Por lo tanto los resultados esperados varían en razón que el surgimiento y desarrollo del Estado en Latinoamérica es diferente al de cualquier Estado Europeo; en consecuencia vinculamos el

³³ Desarrollados como Estados Unidos, Francia, España, Inglaterra e Italia, y en vías de desarrollo como Chile, Brasil, Corea del Sur, Bangladesh, South África, entre otros.

proceso de privatización a las características socioculturales propias de cada sociedad y asumirse como uno de los medios para lograr un fin mucho más complejo como es el desarrollo de la sociedad. Esta corriente sostiene que la política de privatización trata de limitar la intervención estatal, principalmente en las áreas productivas e industriales, y al mismo tiempo, dicta las pautas para una redefinición de la intervención pública y privada en el área social.

La tercera, asume a la privatización desde el punto de vista teórico-conceptual, analizando los problemas de carácter metodológico, y lo que significa su implementación en cada uno de los diferentes subsectores de la sociedad, ya no vista como un todo. Es preponderante el esfuerzo por separar, conceptual y metodológicamente las tendencias hacia el incremento de la participación del sector privado en las esferas públicas, incluyendo en éstas la social, sucedidas antes de los ochenta y desde luego la de los procesos privatizadores posteriores a esta década. Los cuales devienen de una decisión política de alto nivel que involucra negociaciones y transacciones entre los diferentes intereses que se articulan en torno a determinados procesos productivos.

El Proceso de Privatización en América Latina (AL)

En AL, los procesos de privatización de los servicios públicos en general, desarrollados a partir de los años ochenta, se sostienen básicamente en los siguientes razonamientos:

- Contribuye a superar la distorsión económica generada por la intervención estatal deficitaria en servicios donde es factible alcanzar niveles positivos de rentabilidad.
- Alienta las exportaciones (como base del crecimiento y ulterior desarrollo económico), y la apertura de los mercados internos (incrementa las importaciones necesarias generando competitividad para el aumento y diversificación de las exportaciones).
- Mejora la eficacia y la eficiencia de las empresas y de los servicios públicos aceptando que el sector privado es más eficiente que el sector público.

Estos razonamientos, entre otros argumentos económicos se han venido esgrimiendo en América Latina como soluciones para enfrentar los problemas económico-financieros del Estado. De otro lado es pertinente resaltar que dentro

del análisis efectuado y de acuerdo a la literatura al respecto, se aceptan dos casos como experiencias exitosas de privatización en países desarrollados (Inglaterra y Estados Unidos) en los que encontramos las siguientes tres condiciones:

- Autonomía de la administración pública frente al control político, y capacidad y flexibilidad en el terreno del diseño y formulación de políticas públicas.
- Compromiso político para estimular la participación del sector privado, aunado a limitaciones presupuestarias y a la poca eficiencia en la prestación de servicios a cargo del sector público.
- Un sector privado fuerte con un mercado de capitales competitivo y desarrollado.

La diferencia para el caso de AL, está en que los procesos de privatización en nuestros países han sido y son principalmente el resultado de las negociaciones sobre el pago de la deuda externa con las agencias internacionales³⁴, las cuales incluyen como requisito principal, la privatización de las empresas (servicios públicos) explotadas por el sector público.

En AL no se ha tenido un sector privado fuerte, a diferencia de Europa y Estados Unidos; tampoco ha habido un mercado de capitales³⁵ competitivo y

³⁴ La privatización constituyó uno de los ejes del programa de reformas estructurales y modernización de la economía implementado en el marco del Consenso de Washington. Fue concebida como una herramienta a través de la cual el Estado trasladaba al sector privado la iniciativa productiva y empresarial, con el fin de fortalecerse y tornarse eficiente en aquellas áreas en las que había perdido presencia en las últimas décadas: educación, salud, seguridad y administración de justicia. Correspondía al sector privado, por lo tanto, encargarse directamente de la actividad productiva y constituirse en el motor del desarrollo del país.

A juicio de las autoridades encargadas de implementar las privatizaciones, no había que detenerse en consideraciones acerca de sectores o empresas estratégicas. Lo verdaderamente estratégico –se argumentaba– no es que el Estado produzca petróleo, explote los yacimientos mineros o tenga una aerolínea. Lo verdaderamente estratégico es que se genere prosperidad, que cuente con recursos y proporcione educación, salud, seguridad y justicia.

³⁵ El mercado de capitales, también llamado mercado accionario, es un tipo de mercado financiero a través del cual se ofrecen y se demandan fondos o medios de financiamiento a mediano y largo plazo. El principal fin de este tipo de mercado es actuar como intermediario, canalizando recursos nuevos y el ahorro de los inversores, para que luego, los emisores puedan llevar a cabo en sus compañías operaciones de financiación y de inversión. En el mercado de capitales participan diferentes instituciones del sistema financiero, que hacen las veces de reguladores y además complementan las operaciones que se practican dentro del mercado, siendo las más importantes: la bolsa de valores (brindan la operatividad que demandan las operaciones financieras a partir de la supervisión y el registro llevados a cabo por los movimientos de los oferentes y demandantes y además brindan información calificada respecto de cotizaciones y de la situación financiera y económica de las empresas), entidades emisoras (se trata de instituciones que colocan acciones con la misión de lograr recursos de parte de los inversores; pueden ser sociedades anónimas, el gobierno, instituciones crediticias o entidades dependientes del Estado pero descentralizadas), intermediarios o casas de bolsas (se ocupan de la compra y venta de acciones y de la administración de la inversión de terceros) e inversionistas (puede tratarse de personas físicas, inversores extranjeros, inversores institucionales, entre otros). Existen diversos tipos de mercados de capitales dependiendo de: lo que se negocia en los mismos

desarrollado, que apoye el crecimiento económico a mediano y largo plazo. Las empresas públicas en esta parte del continente surgieron en sectores económicos vitales para el crecimiento, debido a que los empresarios privados nacionales no tenían capacidad para movilizar capital a gran escala y a largo plazo, y con tasas de ganancia atractivas. Los empresarios privados no estaban dispuestos a correr riesgos, o carecían del saber tecnológico (know how), para ingresar a muchas de las actividades que fueron retomadas por el sector público.

Asimismo, en la mayoría de los países latinoamericanos, el surgimiento y desarrollo del empresariado, ha estado bajo el paraguas de un Estado con poca convicción sobre las ventajas de fortalecerlo; a ello ha contribuido una administración pública utilizada para atender el clientelismo político, situaciones que han impedido que se cumpla la tercera de las condiciones mencionadas en los casos exitosos.

Por otro lado, la privatización no es un proceso único ni una decisión que se ejecuta en un período breve. Implica en sí el proceso y la articulación de varios procesos paralelos que se originan en los distintos sectores de la sociedad y que derivan de decisiones diferentes en cuanto a políticas públicas en materia económica y social. Cada una de ellas adopta diferentes modalidades que dependen de la correlación de fuerzas entre los diversos actores y las características propias del sector involucrado.

En conclusión AL ha caminado dentro de una política de privatización de elevado contenido económico, y de firme aceptación sobre la superioridad de la eficiencia del sector privado sobre la del sector público, donde el diseño se orientó inicialmente al sector productivo y de servicios (servicios públicos de redes) y posteriormente incluye a los sectores sociales (salud, educación, fondos previsionales, etc.).

El cuadro N° 4 a manera de síntesis, nos muestra el significado del proceso de

(mercados de valores: instrumentos de renta variable e instrumentos de renta fija y el mercado de crédito a largo plazo: préstamos y créditos bancarios); de la estructura (mercados organizados y mercados no organizados); y de los activos (mercado primario: el activo se emite por única vez y es intercambiable entre emisor y comprador y mercado secundario: los activos son intercambiados entre diferentes compradores, para imprimirles liquidez y atribuirles un valor). Del lado contrario se hallan los mercados monetarios, que son aquellos que ofrecen y demandan fondos a corto plazo.

Desde Definición ABC: <http://www.definicionabc.com/economia/mercado-de-capitales.php#ixzz2QoiDE5Z2>

privatizaciones en América Latina:

Cuadro Nº 4
Impacto del Proceso de Privatizaciones en América Latina

PAÍSES	AÑO	ACCIONES ADOPTADAS	COMENTARIOS
ARGENTINA	1976	Reducción del sector público (venta, liquidación y devolución de empresas al sector privado).	Se limitaron atribuciones y se suprimieron organismos públicos.
	1990	El gobierno mantiene una política definida de desincorporación de empresas públicas.	Existe una resistencia de los sindicatos y de los partidos de izquierda.
BRASIL	1984	Venta de 100 empresas públicas.	En 1985 fue parcialmente vendido PETROBRAS OIL.
	1990	El gobierno mantiene una política firme de desincorporación de para estatales. Se prepara una gran subasta de acciones en la Bolsa de Valores de Río de Janeiro.	El programa de subasta del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) ha tenido una fuerte crítica por parte de diputados de izquierda y de la Central Única de Trabajadores.
	1990	El programa de privatización postula la venta de 27 empresas públicas y espera obtener cerca de 18,000 millones de dólares.	El presidente Collor de Mello plantea como irreversible el proceso de privatización.
COLOMBIA	1986	Se adoptaron políticas para reducir el sector de empresas públicas.	1987: se puso a la venta la Compañía CARBONAL (empresa carbonífera).
	1990	Se mantiene una política de ventas y liquidación de empresas públicas.	
CHILE	1973	Devolución de empresas expropiadas, nacionalizadas por el gobierno de S. Allende.	1980: venta de empresas públicas 1986, venta de bancos intervenidos.
	1990	El gobierno actual mantiene una prudente cautela con respecto a las privatizaciones.	1989, se pidió revisión de las ventas de algunas empresas públicas por haber sido recibidas a bajo precio.
GUATEMALA	1982	Se impuso una política de privatizaciones. La caída de Ríos Montt paralizó el proceso de privatizaciones.	La política de privatizaciones fue suspendida por el Golpe de Estado militar.
	1989	El gobierno del presidente Vinicio Cerezo reabrió el proceso de privatizaciones.	Se preparó un programa de desincorporación de para estatales.
MÉXICO	1983	En 1983 se puso en marcha el proceso de privatizaciones.	En 1982 había 1,155 empresas públicas en el sector paraestatal.
	1986	En 1986, un balance mostró que en el proceso de privatizaciones se habían vendido 101 entidades, se liquidaron 269, se fusionaron 58 y se transfirieron 30 a diferentes estados y al sector social. En total se habían desincorporado 458 entidades paraestatales.	Se mantienen bajo el control del Estado las empresas definidas como estratégicas.
	1990	El gobierno mantiene una política de desincorporación de paraestatales no prioritarias.	Está por iniciarse la desincorporación de la Banca especializada.
PERÚ	1981	Venta de 24 empresas públicas por el gobierno de Belaúnde. La inestabilidad política ha liquidado el desarrollo del programa de privatización.	En este país, ante la incertidumbre, el sector privado no se interesa en comprar empresas públicas.
	1990	El gobierno del presidente Fujimori trata de implementar un amplio programa de desincorporación de empresas públicas e inicia el gran proceso de privatizaciones.	Está la idea de poner en subasta algunos paquetes de acciones de empresas públicas del grupo minero y de transporte.
VENEZUELA	1980	Venta de empresas públicas durante la administración de los demócrata-cristianos.	Venta de las empresas públicas.
	1990	El gobierno del presidente Andrés Pérez estudió la puesta en marcha de un programa de desincorporación de empresas paraestatales.	Existe una posición crítica del sector social y de los partidos de izquierda

Fuente.- Las Estrategias de Relaciones Públicas en el Proceso de Modernización del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación De Panamá, trabajo enviado por: Mmdeleon@Sinfo.Net, accedido en el enlace siguiente: <http://www.monografias.com/trabajos/rhepanama/rhepanama.shtml>

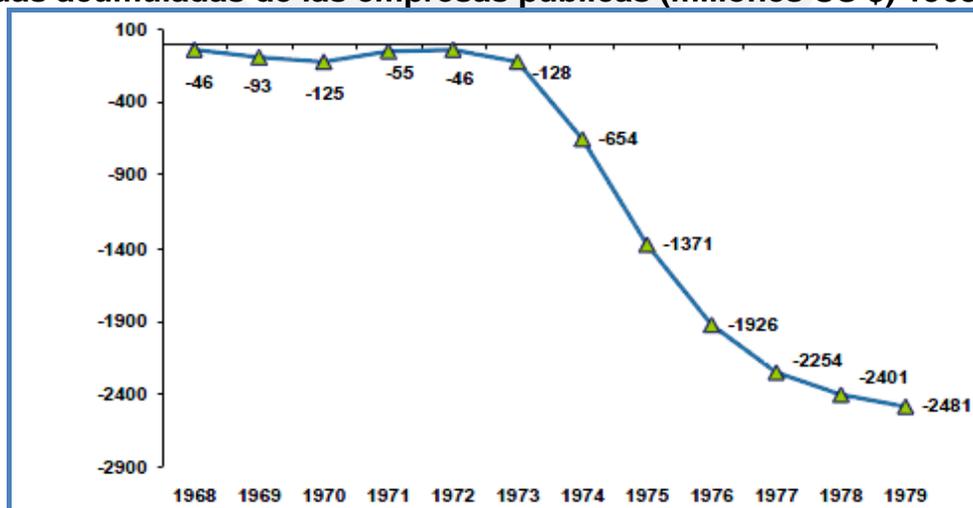
2.1.5 Desarrollo de las Privatizaciones y Concesiones de los Servicios Públicos en el Perú.

Comentario Previo

Es necesario señalar que la Actividad Empresarial del Estado se inició (con énfasis) hace cuatro décadas en el Perú³⁶, y llegó a su estado más elevado en la década de los noventa. Las empresas públicas, en ese momento, se convirtieron en una de las principales fuentes del desorden fiscal de esa época y de la ineficiencia de los mercados (subsidios, controles de precios, escasez, especulación, etc.), que condujo como colofón al país a una astronómica hiperinflación, sin precedentes en nuestra historia (Alan García 1985-1990).

El valor actualizado al 2008 de las pérdidas acumuladas de las empresas públicas a 1980 ascendía a US\$ 17,780 millones (67% del PBI de dicho año), un valor muy similar al de la deuda pública externa a la fecha (2008) (US\$ 18,934 millones). El valor anualizado va desde una pérdida de US \$ 46 millones hasta los US \$ 2481 millones, que como se ha dicho a valores actualizados al 2008 estaba casi a la par con la deuda pública externa, ver el cuadro N° 5:

Cuadro N° 5.
Pérdidas acumuladas de las empresas públicas (millones US \$) 1968 a 1979



³⁶ Tras la instauración del gobierno militar de 1968, la política económica sufrió un cambio sustancial: el Estado asume un verdadero papel intervencionista. En la primera fase del gobierno militar (1968 – 1975), esta intervención toma magnitudes considerables, iniciándose una abierta participación del Estado en la actividad económica nacional. (Tomado de: **CRECIMIENTO E INSTITUCIONES EN EL PERÚ: 1970 – 2006**, Roberto Abusada Salah y Antonio Cusato Novelli * Lima, diciembre de 2007, **IPE - INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA**, *Documento elaborado para la fundación Konrad Adenauer Stiftung, en el marco del proyecto regional “Progreso y Desarrollo Social en América Latina”).

Fuente.- Instituto Peruano de Economía (www.ipe.org.pe) "Consecuencias económicas de la "revolución" de Velasco", consultado en: <http://www.ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/07/revolucion20velasco.pdf>

Se acentúa el drama nacional con las dictaduras militares de la década de los setenta (1968-1980) y luego los dos gobiernos de la siguiente década (1980-1990) que originaron un fuerte aumento en el número de empresas públicas, que pasaron de 40 en 1968 a 186 en el año 1990, de las cuales el 73%, aproximadamente, se dedicaba a actividades no financieras. En 1990, el Estado participaba en el 100% de la generación de electricidad, agua potable y comunicaciones, así como la producción de petróleo y gas (Álvarez Rodrich, 1991). La situación cambió en la década de los noventa, con el inicio del proceso de privatizaciones y concesiones, así como con el reordenamiento y liquidación de la mayoría de las empresas existentes³⁷.

Al respecto, el número de empresas estatales se había incrementado a razón de 15 empresas por año entre 1970 y 1977, llegando a existir en 1977, 174 empresas públicas.³⁸

Apreciamos en el cuadro N° 6 una muestra de algunas empresas expropiadas o creadas durante el gobierno de Velasco; podemos ver que se involucró a todos los sectores de la actividad económica, producción y servicios.

Cuadro N° 6
Expropiación y Creación de algunas Empresas por Sector entre 1968 y 1975

Nombre	Sector
International Petroleum Company (creación de Petroperú)	Petróleo - Hidrocarburos
Expreso y Extra (primeros diarios expropiados)	Prensa
Totalidad de los medios de prensa, radio y TV	Prensa
84 empresas pesqueras (creación de Pesca Perú)	Pesca
Cerro de Pasco Copper Corporation (creación de Centromín Perú)	Minería
Marcona Mining Company (creación de Hierro Perú)	Minería
Empresas Eléctricas Asociadas (creación de Electrolima)	Electricidad
Cadenas de Supermercados (creación de EPSA)	Comercio
Aerolíneas Peruanas (creación de Aero Perú)	Aerocomercial)
Bancos Popular y Continental	Banca
Fuente: Diario Correo (16.03.06), PNUD (Marzo 2006) "La Democracia en el Perú: Proceso Histórico y Agenda Pendiente"	

Fuente.- Instituto Peruano de Economía (www.ipe.org.pe) "Consecuencias económicas de la "revolución" de

³⁷ Roberto Abusada Salah Antonio Cusato Novelli Cinthya Pastor Vargas Lima (mayo de 2008) **EFICIENCIA DEL GASTO EN EL PERÚ**, IPE INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA, *Documento elaborado para la fundación Konrad Adenauer Stiftung, en el marco del proyecto regional "Progreso y Desarrollo Social en América Latina".

³⁸ Arias, Luis; Cuba, Elmer; Salazar, Raúl; La Sostenibilidad de la Política Fiscal en el Perú: 1970-2005, Banco Interamericano de Desarrollo Red de Centros de Investigación, Documento de Trabajo R-316, Macroconsult, S.A. PROYECTO RED DE CENTROS DE INVESTIGACION, Octubre 1997, Banco Interamericano de Desarrollo, 1300 New York Avenue, N.W.Washington, D.C. 20577.

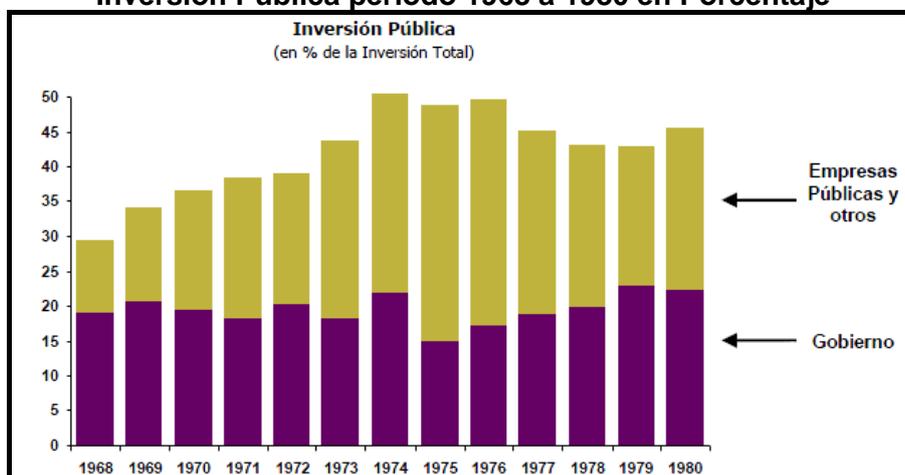
Velasco⁹, consultado en: <http://www.ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/07/revolucion20velasco.pdf>.
Elaboración propia.

Evolución e impacto de las empresas públicas

Las primeras empresas de propiedad del Estado fueron en el sector de los servicios públicos: servicio ferroviario (Enafer), servicio portuario (Enapu), servicio aeroportuario (Corpac), aerolíneas (Aeroperú) y el servicio nacional de telecomunicaciones (Entel Perú). Otras fueron creadas después de 1969, como resultado de la expropiación de otros servicios públicos: la electricidad de Lima (Electrolima) y del resto del país (Electroperú); la telefonía (Compañía Peruana de Teléfonos), resultado de la expropiación de la subsidiaria de la International Telephone & Telegraph Corp. (ITT). Todas estas empresas de propiedad estatal fueron manejadas generalmente por allegados al gobierno cuyos intereses fueron más políticos que de rentabilizar los negocios. Continuando con este apetito estatal de 1970 a 1980, se inició un nuevo periodo de expropiaciones dirigido a limitar la inversión extranjera. Durante esta década de control económico empresarial, el Estado no invirtió en servicios vitales, como infraestructura, educación y salud. Las empresas de propiedad estatal, mal dirigidas y económicamente inestables, brindaron un pobre servicio a una población creciente, que se aglutinaba en torno a las principales ciudades de la costa por efectos de una fuerte corriente migratoria del campo a la ciudad en respuesta a una reforma agraria mal conducida.

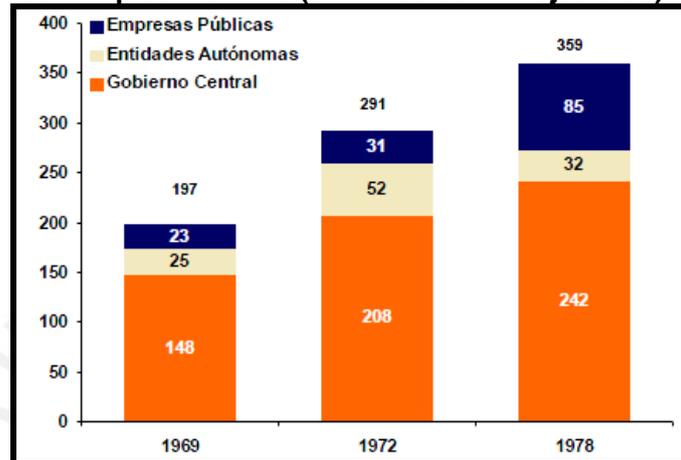
Como hemos expuesto se obstaculizó la iniciativa privada, con lo cual se llevó a la inversión pública a ser casi el 47% del total de la Inversión, en donde el gobierno central ostentaba el 22%, y las Empresas Públicas el 25%, el cuadro N° 7 nos muestra la evolución de desde el año 1968 en que se inicia el gobierno militar de Velasco, hasta el retorno a la democracia en 1980.

Cuadro N° 7
Inversión Pública periodo 1968 a 1980 en Porcentaje



Fuente.- Instituto Peruano de Economía (www.ipe.org.pe) "Consecuencias económicas de la "revolución" de Velasco", consultado en: <http://www.ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/07/revolucion20velasco.pdf>
Como consecuencia de todos estos hechos, el déficit presupuestario se incrementó, y las empresas de propiedad estatal fueron ineficientemente gestionadas, como resultado de una enorme burocracia y de una lenta dirección, sin autoridad de decisión empresarial. El cuadro N° 8 nos permite conocer la manera en que el estado se convirtió en el gran empleador, duplicando casi en diez años en número de servidores públicos.

Cuadro N° 8
Evolución del Empleo Público (en miles de trabajadores) 1969 a 1978



Fuente.- Instituto Peruano de Economía (www.ipe.org.pe) "Consecuencias económicas de la "revolución" de Velasco", consultado en: <http://www.ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/07/revolucion20velasco.pdf>

Las pérdidas incurridas por las empresas de propiedad del Estado fueron creando serios problemas presupuestarios para el Gobierno, ya que esas empresas no eran sujetos de quiebra como las empresas privadas y además eran financiadas por incremento en la emisión de moneda inorgánica ("maquinita")³⁹.

³⁹ La siguiente nota periodística aparecida en el diario de negocios "Gestión" del 21.09.2012 escrita por el Economista Carlos Parodi, bajo el título **Tercer rescate de la FED en los Estados Unidos** nos permite apreciar que las grandes y desarrolladas economías, también hacen uso de la "maquinita": En las últimas semanas, tanto en los Estados Unidos como en la Eurozona se han diseñado planes de rescate; la razón está en el lento crecimiento económico y altas tasas de desempleo, común a ambas regiones y a la imposibilidad de colocar bonos a tasas de interés razonables en el caso de España e Italia... En los Estados Unidos, el 14 de setiembre la Reserva Federal (FED), que es el Banco Central, se comprometió a inyectar 85 mil millones de dólares mensuales hasta fin de año y de ahí continuar hasta que el mercado laboral se recupere (El programa se denomina "Quantitative Easing" o QE; al ser el tercero se le conoce como QE3). El plan está atado a alguna meta en la tasa de desempleo. No es la primera vez que lo hacen desde que estalló la crisis en 2008, sino la tercera, pero la economía no responde. La pregunta es la siguiente: ¿por qué tendría que responder ahora? Pensemos. **La FED usa la "maquinita"** de hacer billetes y monedas, es decir, va a crear liquidez que inyectará a través de la compra de activos respaldados en hipotecas que no tienen valor; dicho de otra manera, es una inyección de liquidez para reactivar la economía y el empleo y reducir la tasa de pobreza, que se ubica en 15%; la fuente será la máquina de hacer billetes y monedas. ¿Y los temores de inflación? No corre riesgos inflacionarios, pues cualquier exceso de dólares "sale" de los Estados Unidos e inunda el mundo y eso genera que los tipos de cambio en otros países, como el Perú tiendan a la baja. La clave está en que el dólar es una moneda que es aceptada en cualquier parte del mundo e inclusive se usa como moneda de reserva. La caída en el tipo de cambio en el Perú está influida de manera decisiva por la mayor oferta de dólares, consecuencia de la mayor emisión en USA. El BCRP para evitar fluctuaciones bruscas en el tipo de cambio compra dólares que van a reservas; eso explica por qué tenemos casi 60 mil

Fue el gobierno de 1985 a 1990, el que tras la aplicación de una serie de políticas de corte heterodoxo,⁴⁰ llevó al extremo la crisis que afectaba la economía peruana desde principios de la década de los ochenta. El aparato estatal volvió a crecer desmedidamente, se multiplicó el número de servidores públicos y se incrementaron los sueldos sin guardar relación alguna con criterios normales de una carrera pública o de una productividad orientadas a estimular la eficiencia empresarial. El Estado prácticamente llegó a una situación de colapso. La economía fue afectada por la segunda más alta tasa de inflación en el mundo, la hiperinflación llegó a su nivel más álgido en 1990 con una tasa anual de 7 mil por ciento que no solo destruyó los ingresos familiares, sino también, los del gobierno. Así, estos últimos llegaron a caer por debajo del 7% del

millones de dólares en reservas. Cabe mencionar que la FED tiene como funciones la estabilidad de precios y el máximo nivel de empleo (objetivos múltiples); por eso puede focalizarse en el empleo como meta. No sería el caso peruano, pues el BCRP funciona con un objetivo único, que es la estabilidad monetaria definida como una inflación anual meta de 2% +/- 1%. Los efectos de la medida son difíciles de anticipar, pues no se trata de "inyectar liquidez" hasta que funcione, aunque eso es lo que se ha anunciado. Cuando en 2009 hubo recesión, la FED lanzó su primera inyección de dinero, el mercado se recuperó en 2010 para desacelerarse en 2011 y requerir de una segunda dosis de liquidez. Ahora es la tercera. El problema es que conforme se suman los QE, crece en tal magnitud la liquidez en dólares en el mundo, que el dólar cada vez pierde más valor, con lo cual los tipos de cambio en países como el Perú tienden a la baja; a la larga ello es un problema para el Perú, pues hace menos competitivas nuestras exportaciones, entre otras razones. Además del "rescate" de la FED, en USA existe otro punto a tomar en cuenta. A fin de año se viene el denominado "precipicio fiscal". El significado es simple. En 2010, considerando el tamaño del déficit fiscal y la carga de la deuda, el poder ejecutivo debió ajustar, es decir, bajar el gasto público y aumentar los impuestos. Sin embargo, el Congreso aprobó que no lo hiciera y para ello dio luz verde a un mayor endeudamiento, que en términos simple significa que la FED emita y compre bonos o papeles de deuda del gobierno. Dicho de otro modo, el Congreso permitió un mayor endeudamiento para evitar los ajustes. Sin embargo, en ese momento se acordó que los ajustes entrarían automáticamente en funcionamiento el primer día útil de 2013. La idea era ganar tiempo para hacer las reformas que reactivaran de manera sostenible a la economía. Lo cierto es que poco se ha avanzado en reformas en un año electoral. Entonces, a menos que el Congreso autorice más endeudamiento, la economía tendrá que enfrentar un drástico ajuste fiscal dentro de tres meses. ¿Cómo evitarlo si en noviembre son las elecciones generales y entra el cálculo político? Difícil, pero la historia demuestra que es mejor hacer los ajustes que postergarlos, pues el problema es cada vez peor.

⁴⁰ A la economía convencional (ortodoxa), dominante en ciertos periodos de la historia en el mundo académico y en la política económica, se ha opuesto como crítica y alternativa la economía heterodoxa. Es decir, la economía heterodoxa es toda contribución en busca del bienestar social que se opone al planteamiento teórico dominante. Cabe mencionar que la visión heterodoxa de la economía no es estática, cambia con el tiempo en función de lo que consideramos ortodoxo. En la década de los treinta Keynes surge como economista heterodoxo frente a la economía neoclásica, la cual dominaba. Poco después, con la síntesis neoclásica, parte de las ideas keynesianas son consideradas como ortodoxas. Ante ello, en la década de los sesenta la economía heterodoxa proporciona nuevos caminos al incorporar la economía política marxista, para después ver el surgimiento del pos keynesianismo, el institucionalismo, y el estructuralismo, dando así otras alternativas al planteamiento económico dominante, la síntesis neoclásica-keynesiana. A pesar de que la crisis de los setenta fue un fuerte golpe a la ortodoxia, esta no se abandonó. Por el contrario, se estableció una ortodoxia más restrictiva, esta vez eliminando cualquier idea keynesiana, particularmente la intervención del Estado, fomentando masivamente la economía de mercado y la autorregulación de la economía. Con ello, a partir de la década de los ochenta se percibe una menor incidencia de la heterodoxia en el establecimiento de las políticas económicas gubernamentales, y al mismo tiempo una situación social cada vez más inestable, pues la ortodoxia sólo se ha concentrado intensamente en la estabilización de la inflación, el tipo de cambio o la tasa de interés, perdiendo de vista que esto no es el fin, sino un medio para lograr el bienestar social. Cita tomada de: **Heterodoxia versus ortodoxia** - Roberto Escalante Semerena - Núm. 28, Nueva época, Abril 2009 Gaceta de la Facultad de Economía de la Universidad Autónoma de México.

PBI, un nivel en donde no alcanzaba ni para cubrir la planilla estatal, y mucho menos para mantener los niveles de inversión pública observados años atrás.⁴¹

Llegamos entonces a los años 90, en el que la mayoría de las empresas de propiedad estatal tuvieron el monopolio de bienes y servicios. En agosto de 1990, el nuevo Gobierno inició una reforma estructural diseñada para eliminar la intervención estatal en la economía, tanto en las empresas de propiedad estatal como en la reglamentación del mercado. El Gobierno eliminó todos los privilegios de los monopolios de las empresas estatales, levantó todas las restricciones y prohibiciones al comercio exterior y estableció un tratamiento no discriminatorio para la inversión extranjera y nacional. Bajo ese marco de crisis se inició en el Perú el proceso de privatizaciones y concesiones cuyos objetivos fueron reducir o eliminar toda la intervención del Estado en las actividades económicas.

La privatización y concesión de las empresas públicas.

La mayoría de las empresas de propiedad del Estado tuvo dificultades financieras, con problemas no sólo en la dirección, sino también en la calidad de sus servicios y sus productos finales. Las principales razones para la privatización o concesión de las empresas estatales son las siguientes: la reducción del déficit del sector privado, el desarrollo de un mercado privado de capitales, la distribución de la propiedad y el mejoramiento de los servicios.

En 1990 se inicia y desarrolla un modelo económico “neo liberal” que le asigna al Estado un rol subsidiario en lo que respecta a la actividad empresarial⁴². Este proceso de transformación del rol del Estado en el Perú, determinó la liberalización de algunos sectores del mercado y la transferencia al sector privado de la propiedad y gestión de muchas empresas estatales a través de procesos de privatización o concesión, donde destacamos la de los servicios públicos de electricidad, comunicaciones, y transportes. El caso del agua difiere de los ya mencionados porque el Estado a través de pequeñas empresas adscritas a los gobiernos locales principalmente, detenta la propiedad y gestión

⁴¹ Abusada Salah, Roberto, Cusato Novelli, Antonio, Crecimiento e Instituciones En el Perú: 1970 – 2006, IPE - Instituto Peruano De Economía, Documento elaborado para la fundación Konrad Adenauer Stiftung, en el marco del proyecto regional “Progreso y Desarrollo Social en América Latina”. Lima, (diciembre de 2007)

⁴² Constitución Política del Perú, **TÍTULO III, DEL RÉGIMEN ECONOMICO, CAPÍTULO I. PRINCIPIOS GENERALES, Artículo 58º** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. **Artículo 60º** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional...La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. “...Ningún mecanismo de selección ni requisito de rendimiento es aplicado o exigido a la inversión extranjera por su condición de tal. En los casos de inversiones que gozan de beneficios derivados de la suscripción de convenios de estabilidad jurídica con el Estado, los requerimientos son los mismos que aquellos planteados para inversionistas nacionales...”

de las mismas; también, se tiene la empresa de agua de Lima capital, SEDAPAL, que es una empresa pública, con más de un millón trescientas mil conexiones de servicio, calificada incluso, como empresa eficiente⁴³.

El argumento expuesto para justificar lo que devino en una ola de privatizaciones y concesiones de los servicios mencionados, fue la necesidad de reducir la deuda pública, la cual había sido sistemática y sólidamente aumentada por la ineficiencia de las empresas estatales que tuvieron a su cargo dicha prestación, situación de déficit a la que se llegó en vista de la necesidad de subvencionar con recursos de las arcas del Estado, las pérdidas económicas y financieras de tales empresas públicas. Este argumento vino acompañado del criterio que una vez privatizadas o concesionadas las empresas estatales, realizarían una mejor gestión empresarial y por ende, pagarían mayores impuestos, cuyo beneficio sería para toda la colectividad nacional. Con dicha política pública como eje de desarrollo y saneamiento de las finanzas públicas, que estimulaba el accionar productivo del sector privado en actividades cuyas características de monopolio natural, y de gran impacto en el crecimiento y desarrollo del país, se obliga a que se implemente paralelamente mecanismos que cautelen calidad y precios de servicios que coadyuven al logro del objetivo de dicha política (Regulación y Supervisión de la Inversión Privada en Servicios Públicos).

Ingresos por Privatización y Concesión entre el 1991 y el 2002

Luego de haber revisado el proceso que nos llevó a privatizar y concesionar entre otros a los servicios públicos⁴⁴, veremos muy sucintamente a cuánto ascienden los ingresos por este concepto durante el gobierno que impulsó la reforma, y tenemos de acuerdo con un informe del MEF del año 2002, (Efecto Económico de los Convenios de Estabilidad Jurídica: 1993-2002), que se logró captar inversión privada por un total de US\$ 15,160 millones. Entre 1992 y 1996, se privatizó cerca de 110 empresas estatales generando un ingreso global para el Estado de US\$ 7,200 millones y compromisos de inversión por US\$ 6,000 millones. Los sectores donde se efectuaron las principales privatizaciones durante

⁴³ Diario "El Comercio" de Lima, edición del 28 de septiembre del 2010, en noticia periodística que refiere a un ranking elaborado por Latin Business Chronicle que ubica a la empresa peruana SEDAPAL (Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima) como la décima empresa con mejor desempeño en América Latina.

⁴⁴ La sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de febrero del 2004 en el expediente 2868-2003-AA-TC sobre acción de amparo interpuesta por Pedro Sabana Gutiérrez, et al. Contra la Dirección Regional Agraria de La Libertad, indicó que "El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. Mediante la concesión se organiza la manera más adecuada la prestación de un servicio público por un determinado tiempo, actuando el concesionario por su propia cuenta y riesgo, y su labor o prestación será retribuida con el pago que realizan los usuarios"

este periodo fueron telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos y financiero⁴⁵. El segundo periodo se inicia a partir de julio de 1996 y llega hasta 1999, en el cual se transfirieron 50 empresas y obtuvieron ingresos por US\$ 900 millones y compromisos de inversión por US\$ 710 millones. En el cuadro N° 9, apreciamos sectorialmente los ingresos generados entre 1991 y 1997.

Cuadro N° 9
Ingresos por Sector 1991 a 1997 (En millones de US\$)

Sector	Monto Transacción	Inversión proyectada	Total
Telecomunicaciones	2828,67	2176,00	50004,67
Electricidad	1411,82	539,74	1951,56
Hidrocarburos	789,89	170,00	959,89
Minería	749,27	4696,37	5445,64
Industria	564,03	46,50	610,53
Otros	672,31	90,66	762,97
Total	7015,99	7719,27	14735,26

Fuente.- Castillo Maza, Juan, Evaluación del Proceso de Privatización de las Empresa de Servicios Públicos 1991-2000, accedido vía el siguiente enlace electrónico.
http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/administracion/v05_n9/evaluacion_proceso.htm#

Breve cronología de las privatizaciones y concesiones de los Servicios Públicos⁴⁶

En el sector telecomunicaciones, en 1994 tuvo lugar la subasta de las acciones de la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú (ENTEL PERÚ), la más importante de todo el proceso, por el monto recaudado y el compromiso de inversión de la empresa Telefónica de España, beneficiaria del proceso. La empresa Telefónica pagó US \$ 2004 millones, monto muy superior a la segunda oferta que llegó a los US \$ 800 millones; la empresa ganadora fusionó ambas empresas para crear Telefónica del Perú.

En el sector eléctrico, entre 1994 y 1997 se llegó a privatizar diez empresas estatales, cinco empresas en distribución y otras cinco en generación, todo lo cual generó ingresos

⁴⁵ Roberto Abusada Salah Antonio Cusato Novelli **Crecimiento e Instituciones en el Perú: 1970 – 2006, IPE - Instituto Peruano de Economía**, Diciembre de 2007, (Documento elaborado para la fundación Konrad Adenauer Stiftung, en el marco del proyecto regional "Progreso y Desarrollo Social en América Latina"). (*Zavala, V., Franco, B., Muñoz, I. y Sánchez, Pedro (2000) "Las privatizaciones y concesiones". En: La Reforma Incompleta. IPE).

⁴⁶ La cronología se ha elaborado con información registrada en las diferentes páginas web de las empresas y organismos del estado.

por un total de US \$ 1433,1 millones. El principal compromiso de inversión de estas empresas fue incrementar su capacidad de generación a 560 MW, luego que el gobierno aprobara en 1992 la Ley de Concesiones Eléctricas mediante el DL 25844, que separaba la generación de la distribución de electricidad.

En el sector transportes, se concesionaron los aeropuertos que estaban a cargo de CORPAC S.A. siendo el caso más importante la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; para lo cual en 1992 se incluye a CORPAC S.A. en la lista de empresas a concesionar y se creó mediante D.L. N° 25912 el CEPRI; comisión que divide los servicios aeronáuticos de los no aeronáuticos, recomendando que CORPAC se dedicara a los primeros y concesione los segundos al sector privado.

El sector de saneamiento (agua potable y alcantarillado) es el único que no se logró privatizar, no obstante que al inicio del proceso privatizador se creó un Comité Especial con este fin, y fue en 1997 en que se anuncia que el proceso se detenía indefinidamente. Hay una excepción en el norte del Perú, en Tumbes donde se logró privatizar dicho servicio antes a cargo de la Municipalidad Provincial.

La privatización de las empresas de electricidad, de telecomunicaciones y de transportes estuvo acompañada por la creación de nuevos organismos que se encargaría de la regulación, fiscalización y supervisión de estos servicios (OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN); igualmente con el objeto de regular el funcionamiento de las empresas de Saneamiento, se creó la SUNASS.

CAPÍTULO III: EL ESTADO PERUANO Y LA AUTONOMÍA DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

Dentro del capítulo anterior “el Marco Teórico”, se ha desarrollado una secuencia que nos lleva desde el origen y la razón de ser de los servicios públicos, su consideración constitucional en el caso peruano, hasta el subsecuente fenómeno de las privatizaciones y concesiones de las empresas estatales que tuvieron a cargo el suministro de éstos servicios, a nivel mundial, latinoamericano y en particular, el caso peruano. Hemos dado una breve revisión al fenómeno económico que impactó a nivel mundial bajo la percepción ideológica o económica, donde se sostiene la eficiencia del sector privado en relación a la inoperancia del sector público, y hemos llegado a la necesaria creación de los organismos reguladores, que son las entidades que impulsa el Estado para garantizar estándares de calidad de servicio y tarifas justas en beneficio de la comunidad.

3.1 Breve comentario sobre la Regulación

Como hemos ya anotado, los servicios públicos esenciales que habían sido atendidos por empresas públicas, fueron posteriormente asumidos por el sector empresarial privado luego de los procesos de privatizaciones y concesiones iniciados en los 90; este nuevo esquema en el marco de una economía de mercado, trae beneficios y también expone a los consumidores a las respectivas fallas de mercado⁴⁷, al haber introducido gravitantes cambios en su estructura, y

⁴⁷ Tenemos las siguientes fallas de mercado entre otras: los monopolios, las externalidades, la información asimétrica, y los bienes públicos. Los **monopolios / oligopolios** (mercados no competitivos) son aquellos en los cuales el (los) productor (es) o los consumidores tienen «poder» para determinar los precios de los productos o las cantidades de los servicios o productos que venden o compran. Entre ellos se encuentran los monopolios y los oligopolios. Los **bienes públicos** son aquellos cuyo suministro no varía si una o muchas personas los consumen; por ejemplo, el servicio de alumbrado público. Esto se conoce como «no rivalidad». Otra característica de estos bienes es la «no exclusión», es decir, la imposibilidad de determinar las cantidades de consumo de cada agente económico; por ejemplo: ¿cuánto consume usted de alumbrado público? Si no se conocen los consumos individuales, ¿cuánto se debe pagar por este servicio? Estas dos características desincentivan la oferta de estos bienes o servicios por parte de empresas privadas. Por ello, el Estado regula la oferta de este tipo de servicios. La **información asimétrica** surge cuando un consumidor tiene menos información de un producto o servicio que los productores, o viceversa, con relación a ciertas cualidades ocultas de los bienes o los comportamientos ocultos de los participantes en la transacción. Por ejemplo, en el mercado de hidrocarburos los consumidores no pueden identificar la calidad de los productos. En este caso, el Estado interviene para determinar las especificaciones técnicas de los combustibles. Las **externalidades** son los costos o beneficios de la acción de un agente productor o consumidor sobre otro agente económico, por los que no se paga o no se cobra. Esta acción puede afectar las posibilidades de consumo o producción o el bienestar de un tercero. Existen dos tipos de externalidades: las *positivas*, que tienen consecuencias beneficiosas, como la generación de electricidad con energías renovables, y las

pasar de un monopolio estatal ineficiente a un monopolio legal con la capacidad de extremar sus utilidades a costa de la necesidad y nula opción de elegir de los consumidores, usuarios reales y potenciales.

En estas condiciones surge la función regulatoria del Estado como respuesta a la necesidad de evitar que la posición de dominio de los monopolios legales a cargo de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, transportes y saneamiento básico, aliente a las empresas privatizadas y a los concesionarios a disminuir su calidad o establecer tarifas elevadas que no guarden proporcionalidad con el servicio.

Al respecto y para ubicarnos en el contexto que corresponde, tal como lo indica Danós Ordóñez (2010)⁴⁸ recordemos que *“La expresión regulación es de carácter anfibológico, es decir, expresa múltiples significados; generalmente se le considera sinónimo de un determinado régimen legal aplicado a una actividad económica en concreto (la regulación de la industria farmacéutica, regulación del transporte, etc.), pero también como el ejercicio por parte de entidades públicas de una función («potestad de regulación») para establecer las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los agentes económicos en el desarrollo de sus actividades”, en virtud a ello (continúa precisando el autor) “La regulación económica (que conocemos) es la técnica de intervención administrativa que surge en los Estados Unidos para ser aplicada a aquellas actividades económicas que en dicho país reciben la denominación de utilidad general (public utilities), destinadas para ser utilizadas por todos los ciudadanos o las empresas, en las que la monopolios naturales que impiden la competencia, la presencia de fallas de mercado y la situación de asimetría de información entre empresas prestadoras y sus clientes, justifican las potestades de intervención del Estado para impedir que el excesivo poder económico privado de las empresas que operan en situación de monopolio natural genere distorsiones que afecten negativamente a los individuos, tutelando el bienestar general”.*

Por ende, tenemos que la naturaleza de la función regulatoria está dirigida a armonizar los intereses de los usuarios de los servicios públicos, del propio gobierno y de los inversionistas que brindan dichos servicios, con la finalidad de

negativas, como la generación de electricidad con diésel, debido a las emisiones de gases contaminantes.

⁴⁸ Danos Ordoñez, Jorge, Regulación Económica de los Servicios Públicos, “La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010, pp. 179-180.

asegurar que se cumplan requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios, lo cual necesariamente no es tan sencillo, pues como lo señala Ogus Anthony⁴⁹ *“la tarea de la agencia regulatoria es formidable -pero- surgen dificultades derivadas del hecho de que su acceso a información concerniente a las actividades de las empresas es limitado. No siempre se encontrará en mejor posición para tomar decisiones en relación a si los costos incurridos por la empresa fueron razonables y a si han de ser cubiertos por los precios fijados. Otra dificultad es determinar el nivel de retorno que sea suficiente para que una empresa pueda atraer inversionistas. Más aún, si la agencia tiene éxito en fijar precios que sólo sean suficientes para cubrir los costos, éste eliminará el incentivo, que tienen empresas en mercados competitivos desregulados, de ganar más que los retornos normales”*.

En estas condiciones, el Estado por mandato constitucional, tiene la obligación de defender los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad al desempeñar su rol tutelar, por tanto es su deber velar por una adecuada y oportuna prestación de los servicios públicos, calificados como esenciales. Ello implica que estando los servicios a cargo de privados, el Estado debe ejercer la función regulatoria⁵⁰ mediante entidades autónomas que consideren su contribución al desarrollo económico, que acepten que son parte de un proceso dinámico, que tengan capacidad de enfrentar disyuntivas y de contribuir a los objetivos de la política sectorial, y que puedan identificar las restricciones a las que se enfrenta, así como actuar con transparencia, predictibilidad y credibilidad. Sin embargo, repasemos lo que Danós Ordóñez (2010)⁵¹ expone: *“En este proceso, los conflictos son continuos. Algunos previsibles, son regulados, ex ante, por el órgano encargado de los mismos. Pero a muchos otros hay que hacerles frente cuando surgen. La función reguladora se caracteriza, justamente, por recurrir en una sola mano a un conjunto de facultades que habitualmente están dispersas. Por un lado, facultades normativas complementarias, de carácter económico o técnico; por otro lado, potestades de pura administración (como conceder licencias o aprobar tarifas) y finalmente, potestades cuasi jurisdiccionales, de resolver conflictos y asignar*

⁴⁹ Ogus, Anthony, Estructuras e Instituciones Regulatorias, p. 10, artículo publicado en THEMIS-Revista de Derecho 54, Año 2007.

⁵⁰ La que deriva e involucra a la función arbitral y la función jurisdiccional, toda vez que las decisiones de los Consejos Directivos y de los Tribunales de Solución de Controversias de los organismos reguladores son administrativas y pueden ser trabadas interponiéndose acciones ante el Poder Judicial.

⁵¹ Ariño Ortiz, Gaspar, Regulación Económica de los Servicios Públicos, “Sobre los entes regulatorios y su función arbitral” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010, pp.21-22.

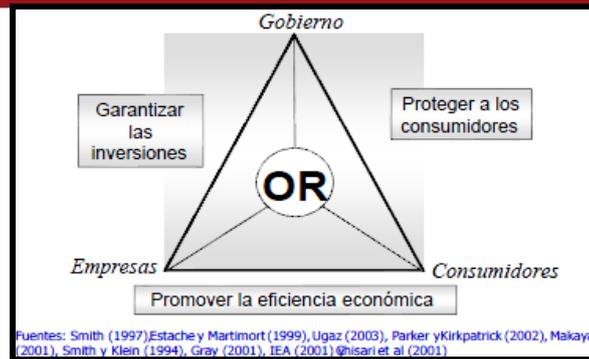
derechos y obligaciones. Todas ellas se encomiendan al regulador para que su actuación, que es un continuum en la búsqueda de un resultado -la defensa de un mercado competitivo- sea coherente y eficaz”.

Como se observa, la tarea regulatoria es consecuencia de una configuración industrial de un monopolio natural (legal) en la provisión de los servicios públicos regulados, que tal como sostiene Pérez-Reyes Espejo⁵², tiene que ver con precios, calidad, confiabilidad, así como con condiciones de entrada y salida del mercado, y con la armonización del equilibrio entre los intereses del Estado, los usuarios y los inversionistas. Por lo tanto, el Estado a través de los organismos reguladores que tienen el fin de supervisar y controlar dichas actividades, asume la función de tutela de los intereses de los consumidores frente a la conducta monopólica y comportamientos estratégicos de los agentes del mercado, que se presentarían en caso dejase de asumir ese rol, toda vez, que son servicios insustituibles e indispensables para la sociedad cuya protección debe garantizarse. Igualmente, el Estado tiene que considerar también a ese segmento de ciudadanos que por diferentes circunstancias no está dentro de la cobertura de las concesiones y no acceden a estos servicios, por lo que debe atraer inversiones garantizando una rentabilidad mínima a efectos de que los servicios cumplan con sus características básicas de continuidad, regularidad, uniformidad, obligatoriedad y permanencia.

Apreciamos a tres actores importantes, la comunidad, las empresas, y el Estado; Grupos de Interés por cierto, al que impactan las acciones, decisiones u omisiones de los reguladores, cuyo entorno y tareas vemos en el gráfico N° 2:

Gráfico N° 2 Grupos de Interés y Objetivos de la Actividad Regulatoria

⁵² Pérez-Reyes Espejo, Raúl, Introducción a la Regulación de las Tarifas de los Servicios Públicos, Documento de Trabajo N° 22 (2006) pág.3, preparado por la Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin. La tarea regulatoria está “caracterizada por: (i) la existencia de importantes economías de escala no agotadas que dan una trayectoria decreciente de los costos medios, (ii) una elevada proporción de los costos hundidos, asociados a la especificidad de los activos requeridos para prestar dichos servicios públicos que generan irreversibilidad en las inversiones; y (iii) el carácter de bienes de consumo masivo que poseen la mayoría de los servicios públicos (Guash y Spiller, 1999)”;



Fuente.- web institucional de OSINERGMIN

De esta manera, la función regulatoria del Estado en su diseño y ejecución se enfrenta a tres problemas principales: “(i) *oportunismo político*; (ii) *captura por parte de las empresas reguladas y del poder político*; y, (iii) *asimetrías informativas por parte de las empresas reguladas*”⁵³.

Igualmente, cabe resaltar lo que sostiene George Stigler⁵⁴ que el Estado en su afán de intervenir en los mercados, puede generar consecuencias que no maximizan el bienestar general de la sociedad, debido a que existen “*fallas en la regulación*”, por lo que considera que los siguientes son algunos problemas importantes: *i) intervención del poder político, ii) captura del regulador, iii) establecimiento de barreras de entrada o monopolios legales, que ocasionan la quiebra de empresas, disminución de la competencia o el retardo en el ingreso de nuevos entrantes al mercado, iv) subsidios directos de dinero, v) en general, un mal diseño de los mecanismos de regulación*”.

Para el tema de la presente tesis, importa desarrollar el problema “*intervención del poder político*”, en la medida que afecta a los Organismos Reguladores y menoscaba su autonomía.

Esta intervención del poder político se manifiesta cuando interviene mediante su capacidad normativa en la operatividad de los Organismos Reguladores, por cuanto es mediante Leyes o dispositivos de rango inferior que se interviene o interfiere la gestión y administración o alteran sus decisiones. La autonomía del regulador también se circunscribe a la posibilidad de su captura, no solo por los lobbies empresariales, sino, por el poder político mediante el nombramiento de las autoridades regulatorias y la intromisión en el manejo de sus recursos.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Stigler, George, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, N° 1, primavera de 1971.

Por lo tanto existe el riesgo permanente de que las acciones del poder político perjudiquen a la sociedad que se pretende tutelar, lo cual desemboca en la pérdida de credibilidad y legitimidad de la función regulatoria del Estado. Bajo estas condiciones, la ciudadanía desconfía del sector privado y de los organismos reguladores, cuestionando la prestación de los servicios públicos pero sin observar que algunas de las causas están en esa intromisión⁵⁵.

La amplia literatura en materia regulatoria⁵⁶, coincide en señalar que el diseño institucional regulatorio debe reducir el impacto del oportunismo político con la finalidad de asegurar inversiones eficientes, debe eliminar la captura del regulador sea cual fuere el grupo de interés que lo origina a través de la rendición de cuentas y la transparencia de sus acciones. Y *“el Estado en su función regulatoria debe reducir la asimetría informativa a través del fortalecimiento de una agencia reguladora, la cual debe ser un organismo estatal técnico y altamente especializado, de forma que reduzca la brecha informacional entre el Estado y la empresa regulada”*⁵⁷.

Tenemos que enfatizar por otro lado, que nuestro país es institucionalmente débil, con instituciones de baja aceptación en la colectividad y de gran desprestigio⁵⁸. Lo cual hace vulnerable el accionar de las entidades públicas en general, y el de los organismos reguladores en particular.

A manera de resumen del presente numeral tenemos que la protección de los intereses de los usuarios, la fijación de tarifas adecuadas, la supervisión de las operaciones de las empresas privatizadas o concesionadas, la regulación de precios y calidad, la creación de un ambiente adecuado, pasa por neutralizar el impacto negativo del poder político, para incentivar las inversiones y la garantía de reglas claras que deben contribuir a un equilibrio entre lo público (usuarios), lo privado (concesiones) y lo del Estado (impuestos).

⁵⁵ Al respecto, recordemos lo que sostiene Gaspar Ariño (2010) Óp. cit. p. 22. cuando manifiesta que: No es misión de los entes reguladores, la protección o el logro de finalidades políticas ajenas al sector, por importantes que éstas sean (macroeconómicas, sociales o regionales). Estos factores no deben mediatizar su actuación. Tampoco es su misión la definición de políticas sectoriales, que corresponden siempre al Parlamento y al Gobierno.

⁵⁶ Sobre diseño institucional se puede consultar a los siguientes autores: Smith (1977), Estache y Martimort (1999), Ugaz (2003), Parker y Kirkpatrick (2002) Makaya ((2001), Smith y Klein (1994), Gray (2001).

⁵⁷ Pérez Reyes Espejo, Raúl. Óp. cit. p. 7

⁵⁸ La percepción de la colectividad respecto al desenvolvimiento de los Poderes del Estado, sea Ejecutivo, Legislativo o Judicial, así como el de los Gobiernos Sub Nacionales o Locales, y de sus Instituciones es de negativo balance, se puede encontrar los resultados de las encuestas realizadas a la población en los siguientes enlaces: (periodo 2010-2012).

<http://www.datum.com.pe/descargas.php>; <http://www.alegropop.com/principal.htm>; <http://iop.pucp.edu.pe/>; http://www.ipsos-apoyo.com.pe/opinion_publica; <http://www.encuestas.com.pe/>.

3.2 Normas de creación de los Organismos Reguladores en el Perú.

En cuanto a las normas que dieron nacimiento a los Organismos Reguladores, veremos que fueron expedidas en años diferentes; aunque sí, dentro de la misma década, los noventa. Son cuatro los reguladores de servicios públicos, y son los siguientes⁵⁹: Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones **OSIPTEL**; Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento **SUNASS**; Organismo Supervisor de la Inversión en Energía **OSINERG**⁶⁰, y Organismo Supervisor de las Inversiones de las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte **OSITRAN** (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias).

Al no ser creadas estas entidades de manera simultánea, sino a lo largo de una década, tuvieron importantes diferencias entre ellos, tanto en funciones como en estructura. De esta forma se generaron las condiciones necesarias para la dación de una norma que sienta las bases para una organización y funcionamiento homogéneo, hecho que se

⁵⁹ 1991 Mediante Decreto Legislativo 702, del 11 de julio de 1991, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL-, como organismo público encargado de garantizar la calidad y eficiencia del servicio de telecomunicaciones brindado al usuario y para proteger el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de prácticas contrarias a la libre y leal competencia. Inicia sus actividades con la instalación de su primer CD el 24 de enero de 1994.

1992 Mediante Decreto Ley 25965, del 19 de diciembre de 1992, se creó la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, como institución pública descentralizada del Ministerio de la Presidencia, para que proponga las normas para la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, disposición sanitaria de excretas, reúso de aguas servidas y limpieza pública, fiscalice la prestación de los mismos, evalúe el desempeño de las entidades que los prestan, promueva el desarrollo de esas entidades, así como aplique las sanciones que establezca la legislación sanitaria y recaude las multas y tasas que esa misma legislación disponga.

1996 Mediante la Ley 26734, publicada el 31 de diciembre de 1996, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía –OSINERG-, como organismo público encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente, en el desarrollo de dichas actividades.

1998 Mediante la Ley 26917, del 22 de enero de 1998, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público –OSITRAN- como organismo público descentralizado adscrito al Sector Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con personería jurídica de derecho público interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

⁶⁰ La Ley 26734, en su artículo 1º disponía lo siguiente: “Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), como organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos siendo parte integrante de Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la Comisión de Tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera, pertenece al Ministerio de Energía y Minas”. Posteriormente fue modificado mediante Ley 28151 publicada en el Diario Oficial con fecha 06.01.2004 con el siguiente texto: “Artículo 1.- Creación y naturaleza.- Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), como Organismo Fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos y del cumplimiento de las normas del sector eléctrico por toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, siendo parte integrante de Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera”. Finalmente fue modificada a OSINERGMIN mediante la Ley 28964 publicado el 24.01.2007, que le transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras.

concretó mediante la “Ley Marco de Organismos Reguladores”⁶¹. (Lo cual desarrollo en el numeral siguiente 3.3. Regulación de los Servicios Públicos en el Perú - La Ley Marco N° 27332 del 29 de julio del 2000).

En el cuadro N° 10 que mostramos a continuación señalamos algunas características básicas de estas entidades.

Cuadro N° 10
Los Reguladores Peruanos De Los Servicios Públicos

OSIPTEL ⁶²	SUNASS ⁶³	OSINERGMIN ⁶⁴	OSITRAN ⁶⁵
Creado en 1991 como organismo público dependiente del Presidente de la República	Creado en 1992 como una Institución Pública Descentralizada del Ministerio de la Presidencia (hoy extinto),	Creado en 1996 como una Institución Pública Descentralizada del Ministerio de Energía y Minas.	Creado en 1998 como una Institución Pública adscrita al Sector Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción
Con autonomía administrativa, económica y financiera	Con autonomía funcional, económica, técnica, financiera y administrativa.	Con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.	Con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
En 1994 se instaló recién el primer Consejo Directivo y con ello inicia sus actividades.	Condicionó su funcionamiento a la dación de la Ley General de la Superintendencia, lo cual recién se dio en enero del año 1994 ⁶⁶ .	Este regulador transita por varias dependencias ministeriales, tal como explicamos a continuación.	No tiene competencia en áreas portuarias y aeroportuarias, tampoco comprende la infraestructura vial urbana e infraestructura de transporte de uso público ⁶⁷ .
En la actualidad está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.	En la actualidad está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.	En la actualidad está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.	En la actualidad está adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Fuente.- Elaboración propia

El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería fue creado como Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)⁶⁸ con facultades para ejercer la regulación, supervisión y fiscalización en electricidad e hidrocarburos, posteriormente con otra ley el 2007 se le transfiere del Ministerio de Energía y Minas (MEM)⁶⁹ competencias de supervisión y fiscalización en

⁶¹ La Ley Marco N° 27332 del 29 de julio del 2000.

⁶² OSIPTEL dispone de una página WEB en la siguiente dirección electrónica www.osiptel.gob.pe

⁶³ SUNASS dispone de una página WEB en la siguiente dirección electrónica www.sunass.gob.pe

⁶⁴ OSINERGMIN dispone de una página WEB en la siguiente dirección electrónica www.osinerg.gob.pe.

⁶⁵ OSITRAN dispone de una página WEB en la siguiente dirección electrónica www.ositran.gob.pe

⁶⁶ Que, mediante Ley N° 26284 se aprobó la Ley General de Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, norma que determina el marco de autonomía de SUNASS, define su ámbito de competencia, sus funciones y atribuciones, y mediante Decreto Supremo N° 024-94-PRES modificado por el Decreto Supremo N° 009-2000-EF, se aprobó el Reglamento de la Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

⁶⁷ Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 26917 (Ley de Creación de OSITRAN).

⁶⁸ Ley N° 26734 Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía, del 27 de diciembre de 1996, y Ley N° 27699 que Aprueba Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg) publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de abril del 2002.

⁶⁹ Ley N° 27474 Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras del 5 de junio del 2001.

actividades mineras⁷⁰, las mismas que el año 2011 mediante ley, le fueron “transferidas” al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁷¹. Sin embargo, una siguiente Ley precisa las competencias del ente regulador e indica que la transferencia al MTPE se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos, conservando la competencia para fiscalizar la seguridad de la infraestructura en los tres subsectores mencionados⁷². Cabe indicar que ya un año antes, el 2010, las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental de estos tres subsectores, fueron transferidos al nuevo Organismo de Fiscalización Ambiental (OEFA)⁷³.

Siendo tema principal del presente trabajo demostrar la afectación a la autonomía de OSINERGMIN⁷⁴ por la dación de normas del Estado, presentamos en el cuadro N° 11, la evolución de su Marco Institucional (en el cual apreciamos su tránsito ministerial), la cual le ha creado inestabilidad frente a las empresas reguladas.

Cuadro N° 11
Evolución Marco Institucional de OSINERG

Norma	Fecha	Adscripción	Ratificación y Remoción de miembros del Consejo Directivo u otros efectos
Ley de Creación N° 26734	31.12.1996	MEM	Con Resolución Suprema y refrendo del MEM
Ley de Adscripción N° 26923	03.02.1998	PCM	Con Resolución Suprema y refrendo de PCM y MEM
D.U. N° 024-98	17.06.1998	MEF	Con Resolución refrendada por el MEF y MEM
D.U. N° 025-1998	18.06.1998	MEF	Con Resolución refrendada por el MEM
Ley Marco N° 27332	29.07.2000	PCM	Con Resolución Suprema y refrendo de PCM, MEF y MEM
D.S. N° 032-2001-PCM	29.03.2001	PCM	Se precisan detalles sobre causales de remoción

⁷⁰ Ley N° 28964 Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las actividades Mineras al OSINERG, creando el OSINERGMIN, del 23 de enero del 2007.

⁷¹ Ley N° 29783 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de agosto del 2011.

⁷² Ley N° 29901 Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) del 12 de julio del 2012.

⁷³ Según el D.S. N° 001-2010-MINAM, del 21 de enero del 2010, se dispone la transferencia de la funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental de Osinergmin al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), dándose un plazo máximo de 12 meses.

⁷⁴ La Ley 26734, en su artículo 1° disponía lo siguiente: “Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), como organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos siendo parte integrante de Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la Comisión de Tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía...pertenece al Ministerio de Energía y Minas”. Posteriormente fue modificado mediante Ley 28151 con fecha 06.01.2004 con el siguiente texto: “Artículo 1.- Creación y naturaleza.- Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), como Organismo Fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos y del cumplimiento de las normas del sector eléctrico por toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, siendo parte integrante de Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Finalmente fue modificada a OSINERGMIN mediante la Ley 28964 publicado el 24.01.2007, que le transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras.

D.S. Nº054-2001-PCM	08.05.2001	PCM	Otorga facultades regulatorias y absorbe la CTE
Ley Nº 27631	19.12.2001	PCM	Modifica función normativa (infracciones y sanciones)
Ley Nº 27699	16.04.2002	PCM	Facultades complementarias
Ley Nº 28151	06.01.2004	PCM	Nuevas responsabilidades fiscalizar sobre riesgo eléctrico
Ley Nº 28337	13.08.2004	PCM	Modifica causales de remoción miembros del Consejo
Ley Nº 28964	24.01.2007	PCM	Competencias de Supervisión en actividades mineras
Ley Nº 29158 LOPE	19.12.2007	PCM	Reorganiza, fusiona, cambia adscripción solo con DS
D.S. Nº 001-2010-MINAM	21.01.2010	PCM	Transferencia de Funciones a OEFA en materia ambiental
Ley Nº 29901	12.07.2012	PCM	Precisa Competencias en Seguridad y Salud en el Trabajo
Ley Nº 30057 Servicio Civil	04.07.2013	PCM	Incluye Personal de Reguladores en sistema único

Fuente.- Elaboración propia

Por otro lado, no obstante, lo disperso o característico de cada regulador y del servicio regulado, lo cierto es que al cabo de dos décadas de haberse implementado el nuevo modelo económico y por ende la labor de estas entidades, no podemos sustraernos al hecho de que hay una mejora en los niveles de cobertura, acceso, mejor tecnología, mejor calidad, y mayor consumo de los servicios públicos, para ello encontramos los indicadores de desempeño que se publican en las páginas institucionales de cada organización.

Reconociendo esa mejora, también es pertinente admitir que el poder político, el ejecutivo o el legislativo, generan normas principalmente económicas y sociales, de gran impacto en los organismos reguladores, que además están en constante modificación (tal vez con el objeto de mejorarlas o adaptarlas a los cambios del tiempo y las circunstancias); pero esas normas y sus cambios generan inestabilidad institucional a las entidades regulatorias e incertidumbre a los inversionistas, por lo que es recomendable que la dación de dispositivos de gran impacto en temas regulatorios, pasen por una revisión de los objetivos de la intervención del Estado, en particular en el ámbito de los servicios públicos⁷⁵.

3.3 Regulación de los Servicios Públicos en el Perú (La Ley Marco Nº 27332 del 29 de julio del 2000)

Como hemos expuesto, la creación de los organismos reguladores desde el punto de vista cronológico, respondió a la necesidad de acompañar la secuencia de los procesos de privatización y de concesiones encargados de la provisión de servicios públicos e infratestructura. A lo largo de su funcionamiento estas entidades han ido cambiando de dependencia o adscripción, como consecuencia de interpretaciones diversas en cuanto a su esencia y diseño institucional. La regulación para ser eficiente debe estar lo más

⁷⁵ Cave y Baldwin, en su obra Understanding, regulation, theory, strategy, and practice, Oxford University Press, 1999, pp. 9-85, describen las necesidades de intervención en industrias que se caracterizan por presentar tecnologías de altos niveles de concentración, que es el caso de telecomunicaciones y electricidad.

alejada posible de las interferencias políticas o de las de índole empresarial, lo cual no se ponderó en su real dimensión, evidenciándose en las normas que dieron vida a estas entidades, riesgos de politización y de captura. Siendo un caso extremo de padrinazgo político, el de OSIPTEL que cuando se crea dependía del Presidente de la República. Luego los reguladores estuvieron adscritos a sus sectores, al Ministerio de Economía y Finanzas, al Ministerio de la Presidencia (hoy extinto) y regresado a la Presidencia del Consejo de Ministros, donde en algún momento también estuvieron. Como vemos, un recorrido que de técnico tuvo poco o nada. Los argumentos se sostuvieron en la consideración de que estar vinculados a su sector restringía la autonomía del regulador al exponerlo a la injerencia del ministerio encargado de orientar la política de su sector y así fueron transferidos al ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas, posteriormente, fueron retornados a su sector o los adscribieron a la Presidencia del Consejo de Ministros, porque se entendía que era menos comprometido con alguna actividad regulada en forma específica; no obstante, no se evalúa que el ministerio del sector participe en la designación de los Directores del organismo proponiendo cuando menos a uno de sus integrantes, sino a dos como el caso de OSINERGMIN.

Considerando que nuestra carta constitucional establece que toda entidad del Poder Ejecutivo esté adscrita a un Ministro para que responda políticamente ante el Parlamento, la Ley Marco adscribe a los reguladores a la Presidencia del Consejo de Ministros, lo que exhibe un tratamiento y dependencia dentro de la estructura de la administración pública, que solo puede superarse en la medida que se les otorgue autonomía constitucional.

En estas circunstancias se determinó emitir la Ley Marco de los Organismos Reguladores⁷⁶ con el propósito de establecer normas básicas comunes de organización y funcionamiento. Esta ley ha sido perfeccionada por otras disposiciones⁷⁷, lo que denota

⁷⁶ Ley N° 27332 del 29 de julio del 2000, denominada "Ley Marco de organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos"

⁷⁷ Se dictaminaron tres leyes y un decreto legislativo que modifican diversos aspectos de la Ley Marco:

- Ley N° 27631, Sustituye el texto del literal c) del Artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, por el siguiente:

"c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

- La Ley N° 28337, Modifica la conformación, las causales de remoción y de vacancia, los requisitos y las incompatibilidades de los miembros del Consejo Directivo, establece el periodo en cinco años y permite su designación por un periodo consecutivo adicional. También modifica la composición del Tribunal de

una inconsistencia en su estructuración original.

La Ley Marco no reemplaza las leyes preexistentes que establecen el régimen legal de cada organismo regulador las cuales siguen vigentes, aunque su aplicación debe adecuarse a este marco legal; los uniformiza, y los adscribe a la PCM. Le define transversalmente las funciones que les corresponde ejercer⁷⁸, y les inserta la responsabilidad de la supervisión de las actividades de post-privatización. A efectos de optimizar sus actividades, potencia sus potestades de investigación. Por otro lado, homogeniza la composición de sus respectivos Consejos Directivos y establece el régimen de sus integrantes, lo que no siempre se ha cumplido debido a que muchos Consejos Directivos no han tenido el pleno de sus miembros (cinco) durante meses e incluso años, y se ha tomado decisiones con dos (2) miembros, haciendo el quórum con el voto doble o dirimente del Titular. La norma original en lo que respecta a la destitución de los miembros del Consejo Directivo, fue corregida por contener una intromisión flagrante⁷⁹. De otro lado les crea un Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa y un Consejo de Usuarios (con actuación consultiva no deliberativa), y ratifica en 1% el tope máximo por aporte por regulación con el cual financian sus presupuestos.

Finalmente, la norma al reafirmar que son organismos públicos con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnico, económica y financiera, procura que el cumplimiento de su labor regulatoria, supervisora y fiscalizadora alcance el equilibrio y ponderación en sus efectos ante los stakeholders, sin adoptar una actitud pro usuario ni anti empresa, y se desmarque de la presión política.

Controversias. Crea el Consejo de Usuarios y le establece sus competencias.

- La Ley N° 28964, Transfiere a OSINERG, del Ministerio de Energía y Minas, las Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras, convirtiéndolo en OSINERGMIN.
- El Decreto Legislativo N° 1021. Los contenidos principales de la norma se plasman en los artículos 1° y 2°. El primero establece el objetivo de la norma: regular las facultades de OSIPTEL relativas a la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos, sobre el acceso a los elementos de red de manera desagregada. El segundo concretiza el otorgamiento de las facultades, indicando que OSIPTEL tiene la facultad de dictar los reglamentos y disposiciones para establecer la obligatoriedad, condiciones y alcances para el acceso a los elementos de red, de manera desagregada o bajo cualquier otra modalidad de acceso, en condiciones razonables, no discriminatorias, transparentes y a tarifas orientadas a costos. Así mismo, puede determinar los elementos de red que deberán estar disponibles para los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.

⁷⁸ Funciones supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, solución de controversias entre empresas y de reclamos de los usuarios.

⁷⁹ El texto original era el siguiente: 6.4 Los miembros del Consejo Directivo podrán ser removidos mediante resolución suprema motivada, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada. Este texto fue modificado por la Ley N° 28337 cuyo texto vigente es: 6.4 Los miembros del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores solo podrán ser removidos en caso de falta grave debidamente comprobada y fundamentada, previa investigación en la que se les otorga un plazo de quince (15) días para presentar sus descargos, de conformidad con lo que se señale en sus respectivos reglamentos. La remoción se realizará mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y el Ministro del Sector al que pertenece la actividad económica regulada.

3.4 Definición de Autonomía.

Se preguntaba Ogus⁸⁰, “¿Cuáles son las características de un “buen” o “sensible” sistema regulatorio?; y afirmaba: “la respuesta a esa pregunta presenta dos dimensiones”. La primera se refiere a los instrumentos o métodos legales elegidos para alcanzar los objetivos deseados, estos deben ser apropiados a la luz de las justificaciones sociales y económicas para la intervención y de su impacto previsible en la comunidad regulada. La segunda se refiere a los procesos y procedimientos por los que los instrumentos son formulados y aplicados. Claramente, un régimen regulatorio no puede tener éxito a menos que su operación tenga legitimidad dentro de la comunidad a la que sirve. Para lograr esta finalidad, ciertos valores del proceso tienen que ser reconocidos, incluyendo aquellos como la especialidad, la transparencia y el control”, coincidiendo plenamente con el autor citado, considero también un valor fundamental la Autonomía del Organismo Regulator, pues como demostraremos, si el poder político interfiere y menoscaba este valor, ha afectado todo el sistema regulatorio.

Partimos del origen de la palabra “autonomía” y encontramos que deriva de los vocablos latinos autos (por uno mismo) y nomos (ley) o sea darse alguien sus propias leyes, sin injerencias externas. Significa por lo tanto ausencia de dependencia, vínculo y presión para ejercitar las ideas, pensamientos o acciones.

La Real Academia de la Lengua Española (RAE)⁸¹ la define de la siguiente manera:

Autonomía: “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”. La definición entraña que es una potestad dentro de los límites geográficos de cada jurisdicción, dado que una decisión autónoma que implique salirse de la misma, está sujeta a una relación de aceptación, o de rechazo con probables efectos adversos a los deseados; asimismo, la potestad depende de normas y órganos de gobierno que pautan al interior su viabilidad.

En la segunda entrada la RAE indica que la **autonomía** es: “Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”. Se infiere por tanto que es la más absoluta capacidad de acción y decisión sin consulta ni dependencia de una persona, para aquellas cosas en que se pueda.

⁸⁰ Ogus, Anthony, Óp. cit. p. 2,

⁸¹ Vigésima Segunda Edición de la Real Academia de la Lengua Española, uno de los idiomas oficiales del Perú, consultado vía internet el 11 de enero del 2013 en: <http://lema.rae.es/drae/?val=aplicaci%C3%B3n>

Continúa en una tercera entrada refiriéndose a la **autonomía de la voluntad**⁸²: *“Poder que el derecho confiere a las personas para definir el contenido de sus relaciones jurídicas conforme a sus intereses, sin otros límites que los derivados de las leyes imperativas, de la moral y del orden público”*. El actuar de las personas y de las organizaciones se subordina a un ordenamiento jurídico que imponen las leyes que rigen la conducta; así como también, a la apreciación del entendimiento o de la conciencia.

El orden público la circunscribe al ámbito del derecho de las otras personas, subvertirlo es estropear una convivencia aceptada y regulada.

Analizados los conceptos precedentes y de acuerdo a la aplicación del término, la autonomía puede interpretarse de diversas formas al referirse a distintas situaciones donde se quiera enmarcar su acción o efecto. Antes de entrar a los diferentes usos del término, a manera de síntesis propongo la siguiente definición:

Autonomía: *“Es la capacidad que permite a las personas o entidades, actuar y adoptar decisiones sin esperar el consentimiento o aceptación de un agente externo”*.

Por otra parte, la palabra autonomía es regularmente utilizada como sinónimo de auto organización. Usada en este sentido se refiere al proceso en el cual la organización interna de un sistema, generalmente de tipo abierto, aumentará de complejidad sin la necesidad de ser guiado por ningún agente exógeno. Este tipo de sistemas auto organizados presentan propiedades de crecimiento. También se designa con el término de autonomía a aquella potestad que ostentan ciertos entes territoriales para regirse con normas propias, en el marco de un Estado Mayor. *“Se dice que una jurisdicción goza de autonomía cuando se rige a sí misma y en la cual ningún poder externo tiene poder sobre ella. La autonomía en este sentido constituye una forma de la soberanía”*⁸³.

Es indiscutible la intervención del ser humano quien ha evolucionado y con ello sus conocimientos y especialidades, lo que ha exigido el uso de un lenguaje que acompañe cada una de las aristas de sus descubrimientos, cambios y perfeccionamientos, de allí que la Autonomía está relacionada a muchas de las actividades del hombre y de sus organizaciones. En filosofía, psicología y sociología, admitimos que un buen desarrollo mental, psicológico y emocional, que pretenda un buen criterio en nuestra toma de

⁸² La RAE registra una enmienda para la Vigésima Tercera Edición: le inserta la definición de Autonomía de la Voluntad, desde un punto de vista del Derecho.

⁸³ Comentarios tomados el 16 de febrero del 2013 vía internet en el siguiente enlace:
<http://www.definicionabc.com/general/autonomia.php#ixzz2EkOp1gKD>

decisiones, se supedita a la capacidad de formarnos un juicio a voluntad y sin intervención ajena.

Luego del análisis de esas definiciones, se puede comprender con cierta facilidad qué se quiere abarcar cuando citamos la autonomía institucional, la económica, la técnica, la autonomía en la toma de decisiones, y así en cada campo del avance de la ciencia y el conocimiento que lo amerite.

Para los efectos del presente estudio nos referiremos a la Autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera de las Organizaciones desde el punto de vista de su rol institucional, partiendo de que gozan de esta facultad cuando la ejercen sin menoscabo o que otras entidades las condicionen. Si dejamos claramente establecido que el nivel jurídico que se les confiere distingue la autonomía de la independencia, lo que significa que si bien pueden darse sus propias normas, éstas no pueden contradecir las disposiciones superiores o de la Constitución del Estado, que es Ley Suprema.

Sin embargo, antes de entrar al análisis de los conceptos aludidos, tengamos como marco el concepto de Autonomía desde el punto de vista de la regulación de servicios públicos, para lo cual tomamos la definición de Quintanilla (2004)⁸⁴: *“La autonomía se define como la capacidad del organismo regulador para establecer políticas y acciones basadas en el interés de todos los agentes económicos (Oberlander, 2001: 3). Las decisiones que tomen estos organismos deben ser moralmente correctas, técnicamente factibles e intelectualmente defendibles (Oberlander, 2001: 12).”*

Revisemos seguidamente lo que implica la autonomía en el ejercicio de la actividad regulatoria desde sus diferentes campos:

La Autonomía Administrativa, se refiere a la capacidad que tiene dicha entidad de manejarse por sí misma, para tal fin genera su propia estructura organizacional y administrativa enfocada en la búsqueda de una mayor agilidad en el soporte que le presta al aspecto funcional técnico y a la necesaria estabilidad del ente. No implica una expresión absolutista ya que las normas de creación y organización le establecen ciertas pautas que delimitan exactamente el orden y prelación de sus obligaciones institucionales. Maneja con libertad sus contrataciones y la atención de sus necesidades.

La Autonomía Funcional y Técnica, es aquella perteneciente o relacionada a las

⁸⁴ Quintanilla, Edwin, “Autonomía Institucional de los Organismos Reguladores”, Documento de Trabajo N° 14, Noviembre 2004, p. 20.

funciones, atribuciones y competencias operacionales otorgadas en las normas que crearon a la entidad; el concepto se sustenta en la libertad de organizar y desarrollar la tecnificación de su modus operandi y en la indiscutible exigencia de estar exento de interferencias ilícitas que perturben su capacidad de crear, modificar y aplicar sus procedimientos y herramientas funcionales circunscritas y propias de la regulación, supervisión y fiscalización, en torno a su misión y visión institucional; ello esencialmente orientado hacia la consolidación de un ejercicio más eficiente y oportuno. En virtud a la asimetría de información que caracteriza la relación organismo regulador y concesionario, vulnerar esta prerrogativa es profundizar esta “natural” ventaja a favor del ente privado.

La Autonomía Económica y Financiera⁸⁵, significa que la planificación y distribución de los recursos económicos y financieros se desenvuelvan con la capacidad de asumir decisiones sobre su aplicación, en el marco de una obligación permanente de transparencia y rendición de cuentas acorde con el sistema nacional de control; la autonomía financiera además supone la determinación y ordenamiento de los ingresos y gastos necesarios para el ejercicio de sus funciones (elaborar, aprobar y ejecutar sus propios presupuestos). Desde la perspectiva de la autonomía económica, cobra importancia considerar la libre disposición y afectación del patrimonio y del presupuesto orientado a los fines propios de la entidad. Consideremos igualmente que la insuficiencia presupuestaria contrasta además con el poderío económico que caracteriza a los operadores de servicios.

3.5 La autonomía de los Organismos Reguladores

Previo al desarrollo de este numeral, es importante resaltar la autonomía (independencia) que deben tener los organismos reguladores y la transparencia en sus procedimientos regulatorios, expresada por reconocidos tratadistas de habla hispana.

Ariño Ortiz (2010)⁸⁶, al referirse a Regulación y Política: *Separación y Articulación*, manifiesta lo siguiente: “...Podríamos extendernos mucho en este punto -política y

⁸⁵ La autonomía debe expresarse en muchos aspectos, pero la parte económica y financiera es muy importante, porque si estos dependen del poder político para tomar cada decisión, para realizar cada gasto, cabe la posibilidad de que estén sujetos a presiones. Ya tuvimos en el pasado una nefasta experiencia con SUNASS, quien depende de los aportes que deben efectuar las empresas de agua (que pagamos los usuarios) y especialmente Sedapal. Pues resulta que esta empresa se vio perturbada por una decisión del regulador de no incrementar las tarifas solicitadas, entonces la empresa decidió no pagar sus aportes, lo cual puso al regulador en una situación sumamente complicada, pues no tenía ni para pagar los sueldos. Esta es la presión que pueden sufrir los reguladores para tomar ciertas decisiones, no siempre técnicas, sino políticas y hasta por intereses empresariales muy fuertes.

⁸⁶ Ariño Ortiz, Gaspar, Regulación Económica de los Servicios Públicos, “Sobre los entes regulatorios y su función arbitral” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010, p.23.

regulación-, pero no podemos hacerlo ahora, resumamos simplemente nuestras tesis afirmando lo siguiente: los poderes públicos elaboran y aprueban las pautas políticas con las que se fijan objetivos de Gobierno; ahora bien, estas preferencias del Gobierno deberán ajustarse y enmarcarse en el marco legal e institucional del regulador, pues éste sólo puede implementar aquellas operaciones o actuaciones ajustadas a la ley (es lo propio de todo Estado de Derecho). Los políticos definen qué hay que hacer; el regulador, cómo hacerlo legalmente, si es que ello es posible de acuerdo con las reglas. La decisión política es judicialmente irrevisable; la instrumentación legal es plenamente revisable por los jueces. La regulación resulta así garantía de legalidad de las políticas públicas, frente a las preferencias partidistas, el amiguismo o la corrupción. Naturalmente, el poder político siempre podrá cambiar la ley (con los límites constitucionales), pero eso significa romper el consenso y la política de Estado. Los electores juzgarán entonces”.

Continua precisando Ariño Ortiz (2010)⁸⁷ que: *“Esta separación -y al mismo tiempo articulación- entre política y regulación es la que reclama para el regulador un estatuto de independencia funcional, y la razón es evidente: el alto grado de discrecionalidad que acompaña a sus decisiones y el hecho de afectar a importantes intereses económicos hace muy poco aconsejable dejar el proceso regulador en manos del Gobierno, porque ello le permitiría a éste mezclarse continuamente en el mundo de los negocios. Y la liberalización consiste precisamente en lo contrario: separar las decisiones empresariales de los intereses, siempre cortoplacistas, de los Gobiernos. Por ello, es necesaria la independencia del regulador que es objetividad, racionalidad, imparcialidad y defensa del sistema”.*

De igual forma Comadira (1996)⁸⁸ sostiene que: *“La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de no sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política”.*

En el mismo sentido Chinchilla (2000)⁸⁹ al referirse a los organismos reguladores señala que: *“Las Administraciones Independientes, de origen anglosajón, aparecen como*

⁸⁷ Ariño Ortiz, Gaspar, Óp. cit., pp.23-24.

⁸⁸ Comadira, Julio, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores (con especial referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss), en Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 253.

⁸⁹ Chinchilla, Carmen, “Dos grandes momentos en cien años de derecho administrativo: la década de los cincuenta y la Constitución de 1978”, en AA.VV., El Derecho español en el siglo XX. Colección Garrigues y Andersen, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 59 y 60.

alternativa a las Administraciones tradicionales en ámbitos que, por diversas razones, reclaman un mayor grado de autonomía funcional y, además de eso, una verdadera independencia gubernamental. Se ha dicho, por ello, que con ellas se persigue despolitizar la Administración...”.

Igualmente es destacable lo expresado por Danós Ordoñez (2010) cuando afirma que: *“En el Perú, como en otros países, la principal razón por la que se crean los organismos reguladores de servicios públicos estriba en la necesidad de distinguir entre la función de determinación de las políticas que van a ordenar con carácter general el desarrollo de las actividades consideradas servicios públicos, tarea que corresponde a los poderes del Estado con legitimidad democrática directa (Congreso y Poder Ejecutivo) y que por ende responden ante el electorado por sus decisiones, respecto de las funciones de supervisión de la prestación de los servicios y de determinación de las tarifas a ser cobradas por los operadores de servicios públicos, tareas que requieren ser ejercidas por entidades administrativas de carácter eminentemente técnico dotadas de autonomía funcional”.*

Por otro lado, tal como lo sostiene Magide Herrero⁹⁰, *“la discusión de si corresponde a una independencia o simplemente a una autonomía y al grado de la misma, puede ser objeto de discusión, en la medida en que corresponde a un organismo de carácter administrativo inserto en la estructura de la rama ejecutiva y porque además sus actuaciones como regla general, se enmarcan bajo la jerarquía normativa, con subordinación de los reglamentos expedidos por el Presidente, de las Leyes y de la Constitución. Lo que no puede ser objeto de discusión es la mínima autonomía o independencia que debe tener el órgano regulador para la toma de decisiones técnicas así tengan un efecto político, que no por ello se traduce en fijación de políticas públicas, o en una discrecionalidad configuradora, pues es una característica inescindible de la eficiencia de su función”.*

Y tal como lo menciona Pérez-Reyes Espejo⁹¹, al referirse a una regulación independiente y fuerte en el Perú, que: *“la creación de estas entidades con estas características obedeció tanto a la necesidad de contar con una agencia especializada en temas complejos y multidisciplinarios, como a solucionar de la*

⁹⁰ Magide Herrero, Mariano, “Límites Constitucionales de las administraciones independientes”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pp. 242 y ss.

⁹¹ Pérez Reyes Espejo, Raúl. Óp. cit. p. 9 (* Alexander y Estache (1999) señalan que la existencia de reformas pro-competitivas y una regulación independiente y fuerte, crean un marco que favorece la inversión privada, incentivos de eficiencia para las empresas y una mayor provisión de servicios.)

mejor manera posible el riesgo país asociado al “oportunismo político” ⁽⁷⁾ en los procesos regulatorios”.

A efectos de aclarar lo que implica el término “independiente” tengamos en cuenta que el diseño institucional regulatorio responde a cada realidad o país, pero es posible agrupar estos diseños en tres tipos como lo explica Pérez-Reyes (2006)⁹²: “(i) los que han utilizado a la empresa pública como empresa regulada y agencia reguladora simultáneamente, (ii) los que han utilizado a la empresa privada como empresa regulada, y una dependencia ministerial como agencia reguladora; y (iii) los que han utilizado a la empresa privada como empresa regulada y una agencia reguladora estatal independiente de los poderes del Estado”.

Y justamente, sobre “reguladora estatal independiente” refiere el autor que: “Es importante señalar que la independencia de la agencia reguladora estatal, **es una independencia relativa, pues una agencia reguladora no representa un cuarto poder al interior del Estado.** La agencia reguladora independiente (ARI) será designada por el Presidente de la República o por el Congreso de la República y a estos les rendirá cuentas, pues son ellos los que han recibido el mandato democrático (que reflejan las preferencias del electorado) y son ellos, el Presidente o los Congresistas, los que han delegado el mandato en temas regulatorios a los miembros de la ARI. Si la independencia fuera absoluta, la ARI podría alejarse de las preferencias de la población, lo que de facto haría que esta se convierta en un cuarto poder del Estado, situación que no se da en ninguno de los países que han optado por este diseño institucional regulatorio, bajo un régimen democrático. La independencia relativa en el caso de las ARI se relaciona con el hecho que sus miembros sean especialistas en el sector que regulan y que una vez nombrados, su permanencia no esté sujeta a los criterios de oportunismo político, justamente para evitar que este se materialice en el proceso regulatorio. Esto es resultado del viejo debate en las políticas públicas entre reglas y discreción estatal, donde hay un consenso a favor de las reglas más que de la discreción”. (Subrayados nuestros).

Analizadas las citas precedentes tenemos entonces, que la autonomía implica un arreglo institucional tal que el regulador tenga la capacidad para establecer e implementar

⁹² Pérez Reyes Espejo, Raúl. Óp. cit. p. 8, y su pie de página 5. (negrilla y subrayado nuestro)

políticas y decisiones independientes que logren un balance de las expectativas de los tres grupos de interés que participan en el sector regulado: usuarios, inversionistas y gobierno, toda vez que cada uno de ellos defiende sus propios objetivos y tratará de influir en el accionar de estas entidades; por lo cual, lo que se busca es *“una autonomía para lograr acciones que sean moralmente correctas, técnicamente factibles e intelectualmente defendibles”*⁹³ como medio para el cumplimiento de sus objetivos institucionales, y ello implica que a los organismos reguladores en el Perú, a la par de buscar de dotarlos de una arquitectura organizativa idónea, de las potestades públicas suficientes y de los recursos necesarios para cumplir satisfactoriamente su misión, se tiene que al legislar, garantizarles su autonomía e independencia funcional respecto de los diferentes intereses en juego, sean éstos de carácter político, social o económico, o una combinación de ellos.

Sintetizando, tal como lo expresa Quintanilla (2007)⁹⁴, cuando el regulador es autónomo puede cuidar que:

- a) *En la relación usuario-inversionista, este último no ejerza su poder de monopolista reduciendo la oferta y/o la calidad y/o aumentando el precio en detrimento del excedente del consumidor;*
- b) *En la relación gobierno-inversionista, el primero no expropie de facto las inversiones, y*
- c) *En la relación gobierno-usuario, se proteja al consumidor futuro de la tentación electoral que puede llevar a fijar precios que pongan en riesgo la viabilidad del suministro en el mediano y largo plazo, y al consumidor actual de la tentación de usar las tarifas como un instrumento recaudatorio en caso de que sea el mismo gobierno el que suministre los servicios en cuestión.*

En consecuencia, vista la importancia de la autonomía del regulador, fortalecerla deviene en un gran e ineludible desafío para cualquier Estado de derecho, más aun en nuestros países latinoamericanos, donde la debilidad institucional es común a la mayoría de ellos, y donde la Autonomía Institucional o no existe o se vulnera por diversas condiciones, sea porque no está claramente definida la separación entre regulador y gobierno, sea porque el proceso de designación de los miembros de su directorio no garantiza su estabilidad, o porque los recursos económicos y financieros son insuficientes, o siéndolos son derivados por decisiones de gobierno a otros usos distintos a los regulatorios; o, cuando

⁹³ Oberlander, S. (2001) p. 12, Indicators of independence in regulatory commissions. Telecommunications Policy Research Conference, (Oct.); cita tomada de: Quintanilla Acosta, Edwin, Autonomía Institucional de los Organismos Reguladores, Documentos de Trabajo N° 14 Noviembre 2004, p. 20. ESAN/CENDOC.

⁹⁴ Quintanilla Acosta, Edwin, Armonización Regulatoria: Institucionalidad y Autonomía de los Organismos Reguladores, Andean and Central American Congress, 2007, p.5.

contando por lo menos en su creación o estatuto con un definido mandato independiente o autónomo, un directorio estable y altamente profesional e incluso con recursos económicos financieros solventes, el problema surge por la expedición de decretos de gobierno que interrumpen el normal flujo de compromisos, tuercen los dictámenes que la regulación expide, paralizan acciones previstas o en proceso, o anulan de facto a través de la imposición de ciertas medidas o normas, vengan del ejecutivo, legislativo o del sistema jurisdiccional, decisiones adoptadas.

Un organismo regulador que evite el riesgo de influencia, captura o politización por parte de los stakeholders, fundamenta su real autonomía en el reforzamiento de ciertos atributos intrínsecos a su concepción conforme se obtiene de la revisión de la literatura existente⁹⁵ ⁹⁶ (**Anexo 2**), y según se muestra en el gráfico N° 3 que seguidamente desarrollo.



Fuentes.- Libro "El Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN, de Edwin Quintanilla Acosta, año 2010, pág. 31, ubicado en su web institucional.

Mandato independiente

Como hemos manifestado, el sistema regulatorio se soporta en el marco institucional y jurídico del Estado por lo que se explica la adscripción de los organismos reguladores a la PCM, así como, también este sistema está determinado por las obligaciones de ineludible cumplimiento insertas o subsecuentes de los contratos de concesión suscritos con las empresas. Sin embargo, para lograr mejores niveles de desempeño a los que se puede exhibir en ese escenario, se requiere de un *"mandato claro y libre del control ministerial,*

⁹⁵ El desarrollo de estos ocho atributos es en base a la siguiente ponencia: Autonomía del Organismo Regulador de Energía del Perú: Un Estudio de Caso Edwin Quintanilla Acosta IV Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Costa Rica Noviembre 2009.

⁹⁶ Quintanilla Acosta, Edwin, Tesis Doctoral "Autonomía del Organismo Regulador de Energía en el Perú: Un Estudio de Caso", ESADE, pp. 30 y ss.

⁹⁷ Este gráfico ha sido tomado del Libro "El Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN, Quintanilla Acosta, Edwin, año 2010, pág. 31, ubicado en su web institucional.

*que provea al regulador de un manejo formal independiente del poder político, a fin de no incrementar el riesgo percibido por los inversionistas sobre los intereses de los stakeholders*⁹⁸.

Este mandato independiente no significa un poder dentro de otro poder, porque no sustrae al regulador de la obligación de rendir cuenta de sus resultados, incluyendo las razones que motivaron sus decisiones o acuerdos. Su actuación no está al margen de los grandes intereses nacionales. Se tiene que sustentar en la precisión y sostenibilidad de normas orgánicas, cuya modificación de ser inevitable, pase por un amplio y democrático debate. Esta legislación debe precisar y proteger la autoridad concedida.

Estabilidad del Directorio

Implica que los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) no pueden caer en la aplicación de condiciones de interrupción inmotivada contra el Directorio del organismo regulador, lo cual le garantiza la estabilidad y continuidad en el ejercicio de sus funciones. La intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en los procesos de selección, designación y ratificación de los directores, debe sujetarse al objetivo de garantizar un equilibrio entre el control ex post y el libre ejercicio de sus funciones, sobre la base del respeto al periodo correspondiente, protegiéndolos de arbitrarias interrupciones.

Igualmente entraña que los Directorios ejerzan sus mandatos con los miembros en pleno y no con Directorios fragmentados, tal cual lo establece su base legal, y con periodos fijos, donde las causales de remoción estén previamente establecidas, no expuestas a cambios en curso. Los períodos de cada mandato no tiene que coincidir con las fechas de elección de Presidente de la República; mandatos escalonados para facilitar aprendizaje, asegurar continuidad y reducir la incidencia del ciclo político⁹⁹.

Presupuesto autónomo

Expresa desde el financiamiento mediante aranceles o aportes directos de los concesionarios o mediante cargos tarifarios a los consumidores, hasta la libre disposición de los recursos recaudados. No se puede concebir la idea de un presupuesto autónomo cuando los recursos provienen del Tesoro Público. La planificación y distribución de los gastos son asumidas en el marco de la obligación de atender peticiones de las instancias

⁹⁸ Quintanilla Acosta, Edwin, Óp. cit. p. 30.

⁹⁹ En el Perú, el año 2007 se emitió el Decreto Supremo N° 046-2007-PCM, mediante el cual la facultad de elegir al Gerente General de los Organismos Reguladores pasó del Consejo Directivo al Presidente de este Consejo, originándose la renuncia de varios miembros de los Consejos Directivos por ver sus facultades y atribuciones cercenadas a través de este cambio de la normativa. Este acontecimiento rompió el cambio escalonado de la elección de los Directores conforme lo estipulaba el artículo 10° del Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, lo cual no se ha podido superar hasta la fecha.

de Control del Estado. Se infiere la determinación y ordenamiento de los gastos necesarios para el ejercicio de sus funciones, incluso la libre disposición y afectación del patrimonio en base a los fines propios de la entidad, y la protección frente a las apetencias de confiscación estatal. Es relevante destacar que la incapacidad de solventar las operaciones contrasta con la capacidad que poseen los operadores de servicios.

El ejercicio de un presupuesto autónomo está en relación directa a no depender de las directivas, procedimientos y decisiones que envuelven al flujo presupuestario de las administraciones públicas.

Procedimientos de apelación

De hecho en un Estado de derecho con prácticas democráticas solidas las decisiones de los organismos reguladores luego de haberse agotado la vía administrativa, se encuentran sujetas a revisión por el poder judicial. Por tanto, el diseño institucional de los organismos reguladores debe contemplar la implementación de mecanismos dentro de la entidad reguladora, que permitan el ejercicio de un debido procedimiento administrativo, donde la oportuna y efectiva reconsideración y apelación de sus decisiones se efectúe ante instancias plurales, solventes e independientes, garantizando que estas decisiones de ser el caso, sean cuestionadas y revisadas. Así también, el esfuerzo del poder político debe asegurar una administración pública proba, respetar la independencia del poder judicial, y generar mecanismos para reducir los niveles de corrupción mediante compromisos de responsabilidad cívica.

Criterios de designación

El Organismo Regulador asume la responsabilidad de establecer su propia visión, sus estrategias de acción y las políticas que guarden consistencia con el ordenamiento jurídico, por lo que es fundamental que para la designación del Presidente y los directores prevalezca el establecimiento de criterios profesionales y de probidad moral. Estos funcionarios son elementos clave en el desempeño y en una actuación de independencia en el cumplimiento de sus responsabilidades. El equipo que integre este colegiado tiene que ser de carácter multidisciplinario, con *“elevadas calificaciones técnicas, experiencia, manejo político, rectitud moral, independencia de criterio y excelente capacidad de gestión”*¹⁰⁰, y con cualidades para no caer en la tentación de ceder a presiones o aceptar estímulos, vengan de donde vengan. La norma y bases para la designación tienen que consignar algunas restricciones ex ante y ex post, relacionadas a probables conflictos de interés, tanto a lo político como a lo económico, igualmente contemplar el número necesario de miembros y el plazo de gestión.

¹⁰⁰ Jadresic, Alejandro; Blanlot, Vivianne; San Martín, Gregorio; La Nueva Regulación. Dolmen Ediciones. Santiago de Chile. (2001).

Personal calificado y adecuado

Citemos previamente a Bullard (2010)¹⁰¹ cuando nos recuerda a John Stuart Mill (*) que decía: *“La oficina pública perfectamente constituida es aquella en la que el interés del funcionario es enteramente coincidente con su deber”*. Y todo para constatar que eso no se cumple o se cumple en situaciones muy excepcionales. Mientras los comerciantes tienen como límites la propiedad y la libertad de contratar de sus contrapartes, los funcionarios públicos enfrentan límites ambiguos y criterios poco claros para limitar su poder de acción. El problema no es sólo la capacidad de los funcionarios. Todos somos testigos de cómo personas muy capacitadas, con estudios en el extranjero, con una trayectoria envidiable (como muchos de los funcionarios de los organismos reguladores), actúan equivocadamente cuando llegan a una oficina pública. El problema es principalmente uno de incentivos”. No siendo necesariamente una sentencia la notable cita, si nos advierte de la necesidad de que la entidad reguladora goce de la capacidad de contratar sin restricciones a los profesionales más competentes del mercado, a través de procesos de selección de personal, que sean intachables, transparentes y auditables; que ofrezcan convincentes condiciones laborales y remuneraciones proporcionales a sus responsabilidades y riesgos. Personal de elevado nivel profesional, de experiencia en sus temas y con condiciones inmejorables son una garantía de hacer respetar la necesaria autonomía y evitar la captura económica o política. Similar al atributo de **“Criterio de designación”** de los miembros de la alta dirección, también la norma debe prever incompatibilidades y restricciones, así como, un programa de reinserción laboral o indemnización al cese.

Accountability (Responsabilidad)

Este atributo escrito en inglés, no tiene una traducción clara en español que englobe el espíritu y cultura sajona; sin embargo, admitiendo ese problema de idioma y de contraste cultural, hay aceptación en el significado siguiente: *“hay que explicar y justificar frente a otro qué es lo que hicimos con relación a los procesos regulatorios”*, lo que significa que se tiene una responsabilidad de informar, rendir cuentas de lo hecho o dejado de hacer. En tal sentido, es importante diseñar mecanismos en los cuales esta responsabilidad de informar y de rendir cuentas no menoscabe su necesaria independencia de operación¹⁰²,

¹⁰¹ Bullard, Alfredo, Regulación Económica de los Servicios Públicos, “El estado soy yo, Arbitraje y Regulación” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010, pp. 40-41. (*) Mill, John Stuart, “On Liberty”, en <http://oll.libertyfund.org/title/233>; (generado el 3 de noviembre del 2010), p.66.

¹⁰² El problema de la rendición de cuentas ha sido ampliamente desarrollado en la literatura reciente y existen diversas concepciones sobre su alcance (entre otros, véanse: March, James y Johan Olsen (1995), Democratic Governance, Nueva York, The Free Press; Boven, Mark (1998), The Quest for Responsibility,

máxime si el resultado es la corrección o enmienda a un posible error que eventualmente modifique la plana. “Con ese mecanismo se genera un costo (la enmendada misma) que puede motivar un cambio en el patrón de conducta. El funcionario sabe que si alguien lo enmienda, debe tener más cuidado. En otras palabras, si sabe que ya no es cierto que “El Estado soy yo”, sino que su decisión estatal es revisable, se reducirá el riesgo de arbitrariedad que en las épocas de Luis XIV hubiéramos llamado despotismo y hoy llamamos abuso o desviación de poder¹⁰³” (Bullard 2010), y también comprobar el cumplimiento de las responsabilidades, el grado de eficiencia o incompetencia y el involucramiento con actos de corrupción.

Como sugiere Schedler¹⁰⁴: *“...resulta más productivo y de aplicación más general estipular que la parte que rinde cuentas debe ser independiente de la parte a quien le rinde cuentas en todas las decisiones dentro de su ámbito de competencia. Idealmente, ambas partes constituyen poderes autónomos relativos que no se encuentran en una relación formal de subordinación entre sí...”*. En el caso peruano, la rendición de cuentas se efectúa ante la Contraloría General y el Congreso, y ante la comunidad a través de la publicación de las memorias anuales, de los procedimientos regulatorios y de las herramientas de gestión.

Transparencia

Se tiene varios mecanismos para asegurar un adecuado flujo de información, herramientas de transparencia cuyo propósito es despejar atisbos de duda hacia los diferentes actores involucrados en el proceso. Consideramos entre otros, la consulta pública, el derecho de acceso a la información y su publicación obligatoria¹⁰⁵. En ciertos casos, el mecanismo procura tanto una explicación como una justificación de las acciones. “Responde al mismo propósito, el establecimiento de reglas de transparencia en el funcionamiento de los reguladores, como la norma que exige que en el proceso de fijación tarifaria; es decir, en el ejercicio de una de las potestades más intensas de las que dispone un organismo regulador, existe la obligación de convocar a audiencia pública para discutir públicamente la propuesta del regulador sobre la materia y la norma que exige que, por regla general, todo dispositivo legal que proyecten expedir los reguladores en ejercicio de la potestad normativa que tienen legalmente conferida debe

Accountability and Citizenship in Complex Organizations, Cambridge, Cambridge University Press; Mckeinney, Jerome y Lawrence Howard (1998), Public Administration. Balancing Power and Accountability, 2a. ed., Connecticut y Londres, Westport; Przeworski, Adam, Susan C. Stokes y Bernard Manin (eds.) (1999), Democracy, accountability and Representation, Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press; Schedler, Andreas (1999), “Conceptualizing Accountability”, en Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner (eds.), The Self Restraining State. Power and Accountability in New Democracies, Boulder y Londres, Lynne Rienner).

¹⁰³ Bullard, Alfredo, Óp. cit. p. 42.

¹⁰⁴ Schedler, Andreas, ¿Qué es la rendición de cuentas?, México, IFAI. (2004).

¹⁰⁵ Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

ser publicada previamente para conocimiento público en el diario oficial, invitando a todos los interesados a remitir sus opiniones, las que deberían ser debidamente evaluadas”¹⁰⁶, en razón a que los organismos reguladores son objeto de sospecha por las alzas tarifarias de los servicios comprometidos. En tales circunstancias, es necesario compartir con la comunidad la consistencia de las nuevas tarifas, y que están en relación proporcional a los costos del servicio.

3.6 Diseño Institucional de los Organismos Reguladores de Energía de los países Latino Americanos.

En Latinoamérica la creación de los organismos reguladores se inicia con fuerza en la década de los 90, al extremo que la excepción es su ausencia en algún país. No todas estas entidades tienen las mismas características y en algunos casos su autonomía o independencia resulta por lo menos accidentada, aunque de manera general conservan la potestad normativa a veces limitada por su diseño institucional o la injerencia del poder político. Asumir que los organismos reguladores equilibran los intereses del Estado, de los usuarios y de los inversionistas, supone que tengan la autonomía necesaria para que su funcionamiento esté al margen del debate político, de la influencia de los partidos, y del cabildeo burocrático del gobierno y del legislador de turno; sin embargo, en nuestros países eso constituye una aspiración, y la situación se acentúa con las tentaciones populistas de algunos gobiernos o las presiones políticas de algunos grupos de usuarios con poder o capacidad de movilización para conservar privilegios que perderían con un regulador suficientemente autónomo. En estas condiciones, el regulador es sujeto de captura por el gobierno y los grupos políticos que lo presionan.

Es importante señalar que en ausencia de una verdadera autonomía del regulador, cuando el gobierno no permite que el mecanismo de formación de precios atienda a la realidad del mercado, no se hace inviable implementar programas que atraigan capital privado y operen en sectores que han estado bajo la gestión de la administración pública. Sólo un regulador autónomo genera señales de certidumbre hacia los potenciales inversionistas al mostrarles un marco regulatorio estable, predecible y que genere confianza, ergo, no habrá inversiones sin un regulador que garantice certidumbre y mecanismos de formación de precios que respondan a las condiciones del mercado y no a motivaciones políticas, generalmente cortoplacistas. Corresponde precisar que la

¹⁰⁶ Danos Ordoñez, Jorge, Óp. cit. p. 186.

promoción de la inversión es tarea del ministerio o secretaría a cargo de la política del sector, en base al ofrecimiento de incentivos y condiciones más favorables comparativas con otros potenciales receptores, pero el regulador juega un rol generador de confianza.

Para nuestra investigación consideramos a la política energética y la regulación del sector como dos actividades separadas e independientes. Estando a cargo del ministerio o secretaría la tarea de formular la política energética. La función de la regulación queda a cargo de una entidad creada para tal propósito.

En varios países latinoamericanos existe un ministerio o una dependencia de energía ad hoc, sobre todo en aquellos países que su economía y recursos abundantes así lo condicionan. Seguidamente haremos un breve análisis de los OR de Latinoamérica.

Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.), Argentina¹⁰⁷

Creación y Dependencia

El Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) es un organismo autárquico (es decir autosuficiente, pero no autónomo) creado en 1993¹⁰⁸, en el ámbito de la Secretaría de Energía y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, encargado de regular la actividad eléctrica y de controlar que las empresas del sector cumplan con las obligaciones establecidas en el Marco Regulatorio y en los Contratos de Concesión, del transporte (transmisión) y distribución de electricidad, calificados como servicio público, y a ejecutar las medidas necesarias para cumplir los objetivos de la política nacional respecto del abastecimiento, transporte y distribución de la electricidad¹⁰⁹.

Autoridades

Está dirigido por un Directorio constituido por cinco miembros (presidente, vicepresidente y vocales primero, segundo y tercero) que el Poder Ejecutivo designa con acuerdo del

¹⁰⁷ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.enre.gov.ar/>

¹⁰⁸ LEY Nº 24.065, Sancionada: Diciembre 19 de 1991, Promulgada Parcialmente: Enero 3 de 1992, y Publicada B.O.: 16 de enero de 1992.

¹⁰⁹ "El sector eléctrico estaba estructurado en un esquema de integración vertical. Esto implicaba que las empresas desarrollaban, en general, todos los segmentos de la industria eléctrica (generaban, transportaban y, finalmente, distribuían a los usuarios).

Ante la transferencia a entidades privadas de los servicios públicos con carácter monopólico, se planteó la regulación a fin de crear condiciones de emulación de la competencia, allí donde ésta no resultaba posible. Por ese motivo, el Estado concentró su accionar en este rol de salvaguarda de los intereses de los usuarios. La Ley 24.065, que conforma junto con la Ley 15.336, el Marco Regulatorio Eléctrico, define los actores privados que han ido incorporándose en todos los segmentos de la industria eléctrica y marca la presencia del Estado como garante de la transparencia de los mercados.

La nueva estructura del sector remite a los tres segmentos de la actividad eléctrica en forma independiente: generación, transporte y distribución.

(Texto extraído de www.argentina.gov.ar).

Congreso de la Nación. Dos de sus miembros, representantes de las provincias, son propuestos por el Consejo Federal de la Energía Eléctrica. El mandato de los miembros del Directorio dura cinco años, y cada uno puede ser reelegido indefinidamente.

El Presupuesto

El presupuesto del ENRE está claramente establecido en su Ley de creación¹¹⁰, y se financia principalmente con una tasa¹¹¹ de inspección y control. Los aportantes tienen la oportunidad de objetar fundadamente los proyectos de presupuesto, y el Regulador la capacidad de solicitar tasas adicionales en caso su presupuesto haya sido insuficiente por hechos imprevisibles a la fecha de su formulación.

Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL)¹¹², Brasil

Creación y Dependencia

Creada mediante Ley el diciembre de 1996, bajo un régimen autárquico especial vinculada al Ministerio de Energía y Minas. Tiene como finalidad regular y fiscalizar la producción (generación), transmisión y comercialización de la energía eléctrica, en conformidad con las Políticas y Directivas del Gobierno Federal.

Constituida como Agencia, y con la publicación de su Reglamento Interno, quedó extinto el Departamento Nacional de Aguas y Energía Eléctrica - DNAEE.

“Autarquía” especial

Está vinculada al Ministerio de Minas y Energía, goza de autonomía, independencia y es una entidad especializada, sujeta a control externo. Ve dos aspectos, es reguladora de

¹¹⁰ **Artículo 65:** El ente confeccionará anualmente su presupuesto, estimando razonablemente los gastos e inversiones correspondientes al próximo ejercicio. Un proyecto de presupuesto será previamente publicado, dando oportunidad a los transportistas, distribuidores y usuarios a objetarlos fundadamente.

Artículo 66: Los recursos del ente se formarán con los siguientes ingresos:

- a) La tasa de inspección y control que se crea por el artículo siguiente;
- b) Los subsidios, herencias, legados, donaciones o transferencias bajo cualquier título que reciba;
- c) Los demás fondos, bienes o recursos que puedan serle asignados en virtud de las leyes y reglamentaciones aplicables;
- d) El producido de las multas y decomisos;
- e) Los intereses y beneficios resultantes de la gestión de sus propios fondos.

Artículo 67: Productores, transportistas y distribuidores abonarán anualmente, y por adelantado una tasa de fiscalización y control a ser fijada por el ente en su presupuesto. Esta tasa será fijada en forma singular para cada productor, transportista o distribuidor en particular y será igual a la suma total de gastos e inversiones previstos por el ente en dicho presupuesto, multiplicada por una fracción en la cual el numerador, serán los ingresos brutos por la operación correspondiente al año calendario anterior, y el denominador, el total de los ingresos brutos por operación de la totalidad de los productores transportistas y distribuidores del país, durante igual período.

Artículo 68: Si durante la ejecución de un presupuesto los recursos estimados para el ejercicio resultaren insuficientes por hechos imprevisibles a la fecha de confección del referido presupuesto, el ente podrá requerir el pago de una tasa complementaria, sujeta a la aprobación del Poder Ejecutivo, hasta satisfacer las necesidades presupuestarias.

Artículo 69: La mora por falta de pago de la tasa se producirá de pleno derecho y devengará los intereses punitivos que fije la reglamentación. El certificado de deuda por falta de pago de la tasa expedido por el ente habilitará el procedimiento ejecutivo ante los tribunales federales en lo civil y comercial.

¹¹¹ El no pago oportuno de las tasas genera un recargo por intereses punitivos en razón a la mora.

¹¹² Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.aneel.gov.br/>

los servicios públicos de energía eléctrica, y responsable por la implementación de las políticas del sector eléctrico.

La autonomía se manifiesta en el mandato fijo de los directores, el nombramiento de los superintendentes, en el manejo financiero cuya fuente principal es la tasa de inspección. Es la última instancia administrativa, define los reajustes y realiza revisiones de las tarifas. Requiere la adecuación de nuevos dispositivos legales que la fortalezcan.

Hacienda

Su principal recursos lo constituye la Tasa de inspección sobre los servicios de energía eléctrica, aunque eventualmente recibe recursos del Tesoro Nacional.

Superintendencia de Electricidad - S.E, Bolivia¹¹³

Creación y Dependencia

La *Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad*¹¹⁴ (AE), (Antes Superintendencia de Electricidad) es la responsable de aplicar la regulación, la cual está constituida por la Dirección Ejecutiva de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad. El Director Ejecutivo es designado por el Presidente de la República mediante Resolución Suprema. Su competencia abarca los procesos de regulación de la industria eléctrica en las actividades de generación, transmisión, distribución, así como las actividades de protección al consumidor. Se establece que la AE es una institución pública técnica y operativa, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independencia administrativa, financiera, legal y técnica, supeditada al Ministerio de Hidrocarburos y Energía.

Presupuesto

Su funcionamiento es financiado principalmente por una tasa de regulación que pagan las empresas eléctricas, que no puede ser superior al 1% de sus ingresos, además de ingresos por: Derechos o Patentes, Recursos del Tesoro General de la Nación, Donaciones y créditos nacionales o extranjeros, y otros que determine alguna norma expresa.

Comisión Nacional de Energía (C.N.E.), Chile¹¹⁵

Creación y Dependencia

El sector energético chileno comprende todas las actividades de estudio, exploración, explotación, generación, transporte, almacenamiento, distribución, importación y

¹¹³ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.ae.gob.bo/node/26>

¹¹⁴ El Decreto Supremo N° 0071 del 9 de abril del 2009 crea la Autoridad de Fiscalización y Control, Social de Electricidad, con el objeto de fiscalizar, controlar, supervisar y regular el sector electricidad, en el marco de la Ley de Electricidad N° 1604.

¹¹⁵ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.cne.cl/>

exportación, y cualquiera otra actividad que concierna a la electricidad, carbón, gas, petróleo y derivados, energía nuclear, geotérmica y solar, y demás fuentes energéticas.

El modelo institucional público que rige, regula y fiscaliza el sector energético chileno fue generado en el año 1978, produciéndose algunas modificaciones en la década de los 80. El mismo coloca como órgano regulador a la Comisión Nacional de Energía (CNE)¹¹⁶, la cual depende directamente de la Presidencia de la República. Hasta febrero de 2010, el Presidente de la Comisión tenía el rango de Ministro de Estado. En la actualidad, la administración de la Comisión corresponde al Secretario Ejecutivo, quien es el Jefe Superior del Servicio y tiene su representación legal, judicial y extrajudicial.

El marco regulatorio separa la función fiscalizadora la cual queda a cargo de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC)¹¹⁷. La SEC, fue creada por Ley N° 18.410 de 1985. A su vez, existen normas sectoriales que rigen el funcionamiento específico del sector eléctrico, de hidrocarburos, medio ambiente y energías renovables.

Presupuesto

Los recursos económicos y presupuestales para que opere este ente, están establecidos en el Art. 10° del decreto ley que crea la Comisión Nacional de Energía, donde se señala que serán asignados anualmente en el Presupuesto de la Nación, es decir son recursos del tesoro público chileno.

Comisión de Regulación de Energía y Gas (C.R.E.G.), Colombia¹¹⁸

Creación y Dependencia

La **CREG** fue creada mediante leyes el año 1994, con el fin de regular las actividades de los servicios públicos; está sujetas al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos^{119, 120}. La Comisión ya existía desde 1992, pero solo regulaba el servicio eléctrico. Está organizada como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con lo previsto en sus normas (Ley 142 de

¹¹⁶ La CNE fue creada bajo el amparo del Decreto Ley N° 2.224 el 25 de mayo de 1978, y su funcionamiento interno se rige de acuerdo al Estatuto Administrativo.

¹¹⁷ La Superintendencia de Electricidad y Combustibles, es un servicio público descentralizado, cuya función legal es la de fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y técnicas sobre combustibles líquidos, gas y electricidad. Está sometida a la supervigilancia del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

¹¹⁸ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: http://www.creg.gov.co/html/i_portals/index.php

¹¹⁹ El art. 45° de la Ley 142 establece la siguiente dependencia para los efectos del control de la gestión de la(s) comisión(es):... *“Corresponde a las comisiones de regulación, teniendo en cuenta el desarrollo de cada servicio público y los recursos disponibles en cada localidad, promover y regular el balance de los mecanismos de control, y a la Superintendencia supervisar el cumplimiento del balance buscado”*.

¹²⁰ El art. 76° de la Ley 142 crea la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios...ARTÍCULO 76. Creación Y Naturaleza.- Créase la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial.

1994 y Ley 143 de 1994)¹²¹, y conformada por el Ministro de Minas y Energía, quien la preside; el Ministro de Hacienda y Crédito Público; el Director del Departamento Nacional de Planeación; cinco (5) Comisionados Expertos nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años y el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, con voz pero sin voto.

Presupuesto

Los gastos causados por la prestación del servicio de regulación encomendado a la Comisión, son sufragados por todas las entidades sometidas a su regulación mediante el pago de la contribución especial para el subsector de gas y combustible y para el subsector de energía eléctrica. La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente. Si en algún momento la(s) Comisión(es) o la Superintendencia tuvieren excedentes, deberán reembolsarlos a los contribuyentes, o abonarlos a las contribuciones del siguiente período, o transferirlos a la Nación, si las otras medidas no fueran posibles. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por la(s) comisión(es) respectiva(s) y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia.

Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP), Costa Rica¹²²

Creación y Dependencia

La **ARESEP** es una institución pública, encargada de regular la prestación de los servicios públicos de agua y saneamiento ambiental, energía eléctrica, combustibles y transporte terrestre, marítimo y aéreo. La Autoridad Reguladora tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa. Sus funciones principales son la fijación de precios y tarifas, y velar por el cumplimiento de las normas

¹²¹ El Art. 69º de la Ley 142 (Organización y Naturaleza), las crea como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio.

El Art. 21º de la Ley 143, establece: La Comisión de Regulación Energética, creada por el artículo 10 del Decreto 2119 de 1992, se denominará Comisión de Regulación de Energía y Gas y se organizará como Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Minas y Energía. La Comisión manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas del derecho privado. Estas disposiciones regirán, igualmente, los actos que se realicen en desarrollo del respectivo contrato de fiducia.

¹²² Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.aresep.go.cr/>

de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima. Se rige mediante la Ley 7593 (9 agosto de 1996) y las reformas de la ley 8660 (8 agosto 2008)¹²³. Está constituida por la **Junta Directiva** (Es el ente que emite las políticas y organización interna); el **Regulador General**, quien es el jerarca administrativo y luego se divide en **Direcciones Generales e Intendencias** para cada área regulada. **La Intendencia de Energía:** Ejerce la regulación económica integral de los servicios de suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización, suministro de combustibles derivados de hidrocarburos.

Presupuesto

La Ley N° 7593 y sus reformas, establece el financiamiento del presupuesto¹²⁴. Su principal fuente de ingresos es el cobro de un canon a las empresas prestadoras de los servicios públicos, el cual se efectúa de manera proporcional y con criterio de equidad. El presupuesto del ente regulador es sometido a la aprobación de Contraloría General de la República, que fiscaliza sus actividades económico presupuestales.

Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC), Ecuador ¹²⁵

Creación y Dependencia

¹²³ Ley N° 8660 Artículo 1.- Transformación: Transformase el Servicio Nacional de Electricidad en una institución autónoma denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en adelante y para los efectos de esta Ley llamada Autoridad Reguladora. La Autoridad Reguladora tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, así como autonomía técnica y administrativa. Se regirá por las disposiciones establecidas en esta Ley, sus Reglamentos y las leyes que la complementen.

¹²⁴ El Artículo 82 de la Ley N° 7593 establece los Cálculos del canon: Por cada actividad regulada, la Autoridad Reguladora cobrará un canon consistente en un cargo anual, que se determinará así:

- a) La Autoridad Reguladora calculará el canon de cada actividad, de acuerdo con el principio de servicio al costo y deberá establecer un sistema de costeo apropiado para cada actividad regulada.
- b) Cuando la regulación por actividad involucre varias empresas, la distribución del canon seguirá criterios de proporcionalidad y equidad.
- c) Dentro de la primera quincena del mes de abril de cada año, la Autoridad Reguladora presentará el proyecto de cánones para el año siguiente, con su respectiva justificación técnica, ante la Contraloría General de la República para que lo apruebe. Recibido el proyecto, la Contraloría dará audiencia, por un plazo de diez (10) días hábiles, a las empresas reguladas a fin de que expongan sus observaciones al proyecto de cánones. Transcurrido el plazo, se aplicará el silencio positivo. *Así reformado por artículo 41, inciso j) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008*
- d) El proyecto de cánones deberá aprobarse a más tardar el último día hábil del mes de julio del mismo año. Vencido ese término sin pronunciamiento de la Contraloría General de la República, el proyecto se tendrá por aprobado en la forma en que fue presentado por la Autoridad Reguladora.

Además de los cánones mencionados en el artículo 82, formarán parte de los ingresos de la Autoridad Reguladora:

- a) Los fondos que se le asignen en el Presupuesto Nacional.
- b) Las donaciones y subvenciones.
- c) Los ingresos que obtenga, mediante convenios y contratos con personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.
- d) Los activos y pasivos asumidos del Servicio Nacional de Electricidad. *(Así adicionado, por artículo 41, inciso j) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008)*.
- e) Las multas establecidas en el artículo 38 y los intereses moratorios establecidos en la ley. *(Así adicionado, por artículo 41, inciso j) de la Ley 8660 de 8/8/2008, publicada en el Alcance 31, a La Gaceta 156 del 13/8/2008)*.

¹²⁵ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente:
<http://www.conelec.gob.ec/>

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico (LRSE)¹²⁶ creó el **CONELEC**, como persona jurídica de derecho público con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa; comenzó a operar el 20 de noviembre de 1997, luego de haberse promulgado el Reglamento General Sustitutivo de la LRSE.

CONELEC se constituye como un ente regulador y controlador a través del cual el Estado Ecuatoriano puede delegar las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, a empresas concesionarias. Esta decisión se sustentó en respuesta a la necesidad de reformular el grado de participación estatal en este sector. No ejerce actividades empresariales en el sector eléctrico. Se encarga de elaborar planes para el desarrollo de la energía eléctrica y ejerce además todas las actividades de regulación y control definidas por Ley. Sus actuaciones se sujetarán a los principios de descentralización, desconcentración, eficiencia y desregulación administrativa establecidos en la Ley de Modernización del Estado Ecuatoriano¹²⁷.

Presupuesto

Sobre la base de los ingresos establecidos en la ley, se elabora para cada ejercicio económico la pro forma presupuestaria general que luego se remite al Ministerio de Finanzas para su integración y consolidación, en cumplimiento a lo establecido en la Ley de Presupuestos del Sector Público. Los recursos para financiar sus actividades se obtienen principalmente por la Contribución de los generadores, el transmisor y los distribuidores que abonan anualmente y por adelantado, dentro del primer trimestre, la cual es fijada en forma singular para cada generador, el transmisor o distribuidor en particular, e igual a la suma total de gastos e inversiones previstos en el presupuesto. El ente regulador goza de jurisdicción coactiva para el cobro de sus contribuciones según lo establecido en el Reglamento General¹²⁸. La mora por falta de pago de la contribución se producirá de pleno derecho y dará lugar a los intereses moratorios previstos en el artículo 20 del Código Tributario, sin perjuicio de las multas que fije la reglamentación.

Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, SIGET, El Salvador¹²⁹

¹²⁶ El 10 de Octubre de 1996, en el Suplemento del Registro Oficial con el No. 43, se promulgó la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

¹²⁷ Ley Nº 50 Ley de Modernización del Estado, con Registro Oficial 349 del 31 de diciembre de 1993.

¹²⁸ Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Decreto Nº 2066, **Art. 17.- Jurisdicción coactiva.-** El CONELEC gozará de jurisdicción coactiva de acuerdo con la ley. "En consecuencia, para la recaudación de las contribuciones, intereses y multas que adeuden las compañías autorizadas para la generación, transmisión, distribución y comercialización, el Director Ejecutivo del CONELEC tendrá la calidad de Juez de Coactiva y emitirá el título de crédito y procederá a recaudar su valor..."

¹²⁹ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.siget.gob.sv/>

Creación y Dependencia

La **SIGET**, fue creada mediante Decreto Legislativo en septiembre de 1996¹³⁰, como una institución autónoma de servicio público sin fines de lucro, con atribuciones para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones vigentes en El Salvador, en las leyes que rigen los sectores de Electricidad y de Telecomunicaciones, y sus reglamentos, así como aplicar de conformidad con lo establecido en la Ley General de Electricidad la protección de los derechos de los usuarios y de todas las entidades que desarrollan actividades en el sector. Obtuvo recién su personería jurídica en diciembre de 1997¹³¹.

Organización

La SIGET está presidida por una Junta de Directores, de los cuales uno ejerce como Superintendente; está integrada de la siguiente forma: Un Director nombrado por el Presidente de la República, que ejerce las funciones de Superintendente, y preside la Junta, un Director electo por las asociaciones gremiales del sector privado legalmente establecidas en el país, y, un Director nombrado por la Corte Suprema de Justicia.

Presupuesto

El SIGET no recibe ningún aporte del Estado, los recursos financieros que permiten su funcionamiento son recursos propios, provenientes de los cobros de tasas para los sectores de Electricidad y Telecomunicaciones establecidos en sus respectivas leyes¹³².

Los operadores que importan energía y los generadores, pagan anualmente a la SIGET en concepto de tasa por la actualización del Registro por cada megavatio hora inyectado con fines comerciales durante el año inmediato anterior. Este valor se debe ajustar anualmente por la SIGET, tomando en cuenta el índice de precios al consumidor publicado por el Ministerio de Economía.

Adquisición de bienes y servicios

En los contratos para la adquisición de bienes o servicios que celebre la SIGET, no intervendrá la Dirección General de Presupuesto, tampoco la SIGET está sujeta a disposiciones de la Ley de Suministros, pero deberá promover competencia por medio de licitación, cuando las erogaciones para la adquisición de bienes superen el límite establecido en sus normas.

¹³⁰ Decreto N° 808, de fecha 12 de septiembre de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 189, Tomo 333, de fecha 9 de octubre del mismo año.

¹³¹ Decreto Legislativo N° 175 del 4 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 239, Tomo 337 del 22 de diciembre de 1997.

¹³² Ley de Telecomunicaciones, Decreto Legislativo No. 142 del 6 de noviembre de 1997. •Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Legislativo No. 45 del 22 de abril de 1999. Ley General De Electricidad D.L. No. 843 del 10 de octubre de 1996, D.O. No. 201, Tomo 333 del 25 de octubre de 1996.

Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE), Guatemala¹³³

Creación y Dependencia

La **CNEE** como órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas fue creada por la Ley General de Electricidad¹³⁴, con independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones y funciones. Se constituye sin mencionarse textualmente, en la entidad reguladora del mercado de servicios eléctricos, cuyo ámbito cubre las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, ello se desprende del siguiente texto¹³⁵: “la determinación de los precios y calidad de la prestación de los servicios de transporte y distribución de electricidad sujetos a autorización, y controlar y asegurar las condiciones de competencia en el Mercado Mayorista”.

La comisión está integrada por tres miembros nombrados por el Poder Ejecutivo que resultan de la propuesta de tres ternas provenientes de los Rectores de las Universidades, el Ministerio de Energía y Minas, y de los Agentes del Mercado Mayorista.

Presupuesto

La Comisión tiene presupuesto propio y fondos privativos. Los ingresos de la Comisión provienen de aplicar una tasa a las ventas mensuales de electricidad de cada empresa eléctrica de distribución. El presupuesto de la Comisión es cubierto con los aportes anuales que efectúan las empresas autorizadas de distribución de electricidad y las multas que la Comisión percibe. Para efecto de cuantificar las ventas finales de las distribuidoras, se incluye las ventas a Grandes Usuarios. El aporte es el 0.3% de las ventas finales¹³⁶. Las empresas distribuidoras informan a la Comisión antes del 31 de octubre de cada año de sus proyecciones de ventas para el próximo año. En base a estas proyecciones la Comisión elabora su presupuesto anual¹³⁷.

Comisión Nacional de Energía (CNE), Honduras¹³⁸

Creación y Dependencia

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica se creó mediante Ley como un organismo

¹³³ Los comentarios se elaboraron con información del enlace electrónico siguiente: <http://www.cnee.gob.gt/>

¹³⁴ Decreto No. 93-96 del Congreso de la República de Guatemala (art. 4º), publicada en el Diario Oficial el 21 de noviembre de 1996, instalada en marzo de 1997 mediante Acuerdo Gubernativo N° 256-97 del 21 de marzo de 1997 (Reglamento de la Ley General de Electricidad).

¹³⁵ Art. 28º del Reglamento de la Ley General de Electricidad (AG N° 256-97).

¹³⁶ Esta tasa se aplica de la siguiente manera: todas las empresas distribuidoras pagan mensualmente a disposición inmediata de la Comisión, el punto tres por ciento (0.3%) del total de la energía eléctrica distribuida en el mes correspondiente, multiplicado por el precio del kilovatio hora de la tarifa residencial de la ciudad de Guatemala.

¹³⁷ Mediante él se penaliza el incumplimiento en el pago de los aportes: **Artículo 34.- Integración de los aportes.** Las empresas distribuidoras deberán entregar sus aportes mensuales antes del último día hábil de cada mes. El no pago de los aportes, en la forma y tiempos establecidos en este reglamento, será penalizado con una multa igual al monto de las cuotas no pagadas. Lo anterior, sin perjuicio de iniciar las acciones judiciales de cobro pertinentes.

¹³⁸ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.cne.gob.hn/>

desconcentrado de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente¹³⁹, goza de independencia funcional. La Ley le establece como objetivo esencial regular las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica. Como todo Ente Regulador esta Comisión¹⁴⁰ genera espacios y estimula la Modernización del Mercado Energético Nacional¹⁴¹, la Liberación del Mercado, el aumento de la Disponibilidad Energética en todas sus variadas opciones.

Los integrantes de la Comisión (5) son nombrados por el Secretario de Estado en el Despacho de Comunicaciones, Obras Públicas y Transporte, de ternas propuestas por cada una de las organizaciones siguientes: a) El Colegio de Ingenieros Mecánicos, Electricistas y Químicos de Honduras, b) El Colegio de Ingenieros Civiles de Honduras, c) El Colegio de Economistas de Honduras, d) El Colegio Hondureño de la Empresa Privada (COHEP); y, e) La Confederación de Trabajadores de Honduras (CTH), la Central General de República de Honduras Trabajadores (CGT) y la Confederación Unitaria de Trabajadores de Honduras (CUTH), conjuntamente. La Comisión elige a su Presidente y Secretario de manera autónoma de entre sus miembros.

Presupuesto

La comisión goza de independencia funcional y se financia con los recursos incluidos en el presupuesto General de Ingresos y Egresos de la Republica¹⁴².

Comisión Reguladora de Energía (C.R.E.), México¹⁴³

Creación y Dependencia

Uno de los mandatos de la reforma a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica en 1992¹⁴⁴ fue la constitución de un órgano administrativo desconcentrado de la entonces

¹³⁹ En Honduras las políticas y planes de desarrollo energético son dictados por un Gabinete energético que se convierte en la mayor autoridad del sector energético (el Decreto Ejecutivo 003-2004 del 12-05-04, creó la Secretaría Técnica del Gabinete Energético para coordinar la elaboración y cometer al pleno del Gabinete, los estudios y propuestas técnicas necesarias para impulsar políticas sectoriales). Los planes sectoriales relacionados con actividades energéticas le corresponden a la Secretaría de Recursos Naturales y del Medio Ambiente (SERNA / Esta secretaría fue creada en el Decreto 218-96, del 17 de diciembre de 1996, en el Marco de la modernización del Estado), la cual es responsable de la implementación de políticas y regulaciones del sector energético a través de la Dirección General de Energía.

¹⁴⁰ Las actividades regulatorias del subsector eléctrico están a cargo de la Comisión Nacional de Energía CNE) (institución autónoma), la cual también revisa variaciones en la estructura tarifaria. La estructura de la industria eléctrica está dominada por la Empresa Nacional de Energía Eléctrica (ENEE) que mantiene una presencia dominante como monopolio verticalmente integrado.

¹⁴¹ En el caso de Honduras, el sector energético fue reformado en noviembre de 1994 con la Ley Marco del Sub-Sector Eléctrico, la cual tiene entre sus objetivos principales el alentar la realización de inversiones privadas en producción y distribución de electricidad (aunque en la práctica la ENEE la única empresa distribuidora), reserva la transmisión para la empresa estatal ENEE. Esta reforma, sin embargo, no incluye la liberación del precio en ninguna de las actividades del sector; en cambio, es estimado por la ENEE de acuerdo con los informes de costos de los generadores.

¹⁴² Art. 8º del Decreto Nº 158-94.

¹⁴³ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.cre.gob.mx/>

Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, para resolver las cuestiones derivadas de la interacción entre el sector público y el privado producto de dicha reforma. De esta forma se crea la **CRE** mediante Decreto Presidencial, según la cual esta Comisión, goza de autonomía técnica, operativa, de gestión y de decisión en los términos de su Ley¹⁴⁵. Al interior de la institución existen dos áreas sustantivas, a cargo de las Direcciones Generales de Electricidad y Renovables e Hidrocarburos y la de Bioenergéticos, que son responsables de la implementación del marco regulatorio en cada uno de sus respectivos sectores.

Presupuesto

El presupuesto que requiere la Comisión para el cumplimiento de sus fines, es suministrado por la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal del Presupuesto Público, se ejecuta bajo los lineamientos y ordenamientos legales y reglamentarios aplicables a la normativa que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Instituto Nicaragüense de Energía (INE), Nicaragua¹⁴⁶

Creación y Dependencia¹⁴⁷

El **INE** es el organismo autónomo del Estado, encargado, de las funciones de regulación,

¹⁴⁴ Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, Nueva ley publicada en el diario oficial de la federación el 22 de diciembre de 1975 Texto vigente: Última reforma publicada DOF del 09 de abril de 2012.

¹⁴⁵ Ley de la Comisión Reguladora de Energía, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de Octubre de 1995, Texto Vigente, Última Reforma Publicada DOF 28 de Noviembre de 2008 (Art. Transitorio **Tercero**.- *"Para una mayor atención y eficiente despacho de los asuntos de la competencia de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal en materia de regulación de energía, el Ejecutivo Federal dispondrá la constitución de una Comisión Reguladora, como órgano desconcentrado de la citada Dependencia, con facultades específicas para resolver las diversas cuestiones que origine la aplicación de esta Ley o la de otros ordenamientos relacionados con los aspectos energéticos de todo el territorio nacional. Al crearse dicho órgano se establecerán, con arreglo a esta disposición, su estructura, organización y funciones, así como la participación de otras dependencias involucradas, para el adecuado cumplimiento de sus fines"*).

¹⁴⁶ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente:

<http://www.ine.gob.ni/>

¹⁴⁷ El Instituto Nicaragüense de Energía (INE) fue creado por decreto legislativo el 23 de julio de 1979, Mediante su Ley Orgánica, constituida por decreto el 6 de junio de 1985 se especifica que el INE es un ente autónomo, con personalidad jurídica, duración indefinida, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Hasta 1994 el Instituto funcionó como operador del sector eléctrico del país, ente regulador del sector energético y rector de la política energética nacional, teniendo a su cargo la planificación, organización, dirección, administración, exploración, explotación, aprovechamiento, control y manejo de los recursos energéticos, tanto nacionales como importados. Por otro lado pasa por un proceso de reforma integral del sector eléctrico que se refuerza con la aprobación de la Ley No. 271, Ley de Reformas a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía, publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 63, del 1° de abril de 1998, definiéndole al INE las funciones de regulación, supervisión y fiscalización del sector energético y de la aplicación de las políticas energéticas fijadas por la Comisión Nacional de Energía. El marco regulatorio está constituido en la Ley No. 272, Ley de la Industria Eléctrica (LIE), publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 74 del 23 de abril de 1998, derogando así la Ley No. 11-D del 11 de abril de 1957. Así mismo se dispone del Reglamento a la LIE publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 116 del 23 de junio de 1998, mediante Decreto No. 42-98, y sus reformas mediante el Decreto No. 128-99, publicado en La Gaceta del 16 de diciembre del año 1999. La Dirección del INE está a cargo de un Consejo de Dirección, integrado por tres miembros de reconocida capacidad profesional, de nacionalidad nicaragüense, electos a través de ternas propuestas por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional. Estos miembros ejercerán su cargo en periodos alternos respecto a las elecciones presidenciales, con el objetivo de evitar influencia política en la dirección del INE.

supervisión y fiscalización del sector energía (cuyas funciones relacionadas con el subsector eléctrico¹⁴⁸ y de hidrocarburos¹⁴⁹ están establecidas en su Ley Orgánica) y en las políticas energéticas fijadas por la Comisión Nacional de Energía. Para el exacto cumplimiento de sus funciones, el Instituto goza de autonomía orgánica, financiera y administrativa. Ejerce la función de regulación del servicio de energía eléctrica y del subsector de hidrocarburos, cuidando de su continuidad, calidad y cobertura y evitando la comisión de prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posiciones dominantes en el mercado. Además, ejerce las funciones de control y supervisión de las actividades de reconocimiento, exploración y explotación de los recursos hidrocarbúferos, geotérmicos y otras fuentes de energía.

La dirección del Instituto está a cargo de un Consejo integrado por tres miembros elegidos de ternas propuestas por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional para su nombramiento. El Presidente de la República propone a uno de los miembros como Presidente quien desempeña el cargo a tiempo completo.

Presupuesto

El patrimonio del INE goza de autonomía administrativa y financiera bajo la aprobación directa de la Presidencia de la República, y está formado de la siguiente manera:

a) Un cargo por servicio de regulación a la industria eléctrica de hasta 1.5% de la facturación de las actividades que realicen los concesionarios y titulares de licencias de distribución, y, b) Un cargo de hasta seis centavos de dólares norteamericanos por barril de petróleo o productos derivados vendidos.

Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), Panamá¹⁵⁰

Creación y Dependencia

Se crea mediante ley¹⁵¹ el **ASEP** (Regulador de los Servicios Públicos), como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del Gobierno central. Tiene a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad, y ejerce el poder de regular y controlar su prestación. Actúa con independencia en el ejercicio de sus funciones, y está sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República, conforme lo establecen la Constitución Política y su Ley de creación.

¹⁴⁸ Ley No. 465 de Reforma a la Ley 272 Ley de la Industria Eléctrica y Ley de Reforma a la Ley Orgánica del Instituto Nicaragüense de Energía, Aprobada el 02 de Julio del 2004, Publicado en La Gaceta No. 168 del 27 de Agosto del 2004.

¹⁴⁹ Ley de Suministro de Hidrocarburos, Ley No. 277. Aprobado el 26 de Noviembre de 1997. Publicado en La Gaceta No. 25 del 6 de Febrero de 1998.

¹⁵⁰ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente:

<http://www.asep.gob.pa/default.asp>

¹⁵¹ Ley N° 26 de 1996 que crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos de Panamá.

Presupuesto

Para cubrir sus gastos de funcionamiento, cuenta principalmente con los siguientes recursos: a) La tasa por los servicios de control, vigilancia y fiscalización que se establezca a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos y el importe de los derechos de inspección; y, b) Otros servicios especiales que soliciten las empresas prestadoras de servicios públicos, los cuales serán pagados por éstas.

La Tasa de Regulación es aplicable a cada servicio y es fijado anualmente por el Ente Regulador, el cual debe guardar absoluta relación con el costo de cumplir sus funciones racional y eficientemente. La referida tasa no puede exceder del uno por ciento (1%) de los ingresos brutos de los sectores en el año inmediatamente anterior, y es pagada por las empresa prestadoras de servicios públicos y no puede ser transferida a los usuarios a través de la tarifa. La obligación de pagar dicha tasa se encuentra establecida en el contrato de prestación de servicios. El Ente Regulador está exento del pago de tributos, impuestos, contribuciones, tasas, gravámenes o derechos de aplicación general, establecidos o por establecerse, salvo las cuotas del seguro social, seguro educativo y riesgos profesionales.

Superintendencia de Electricidad (SE), República Dominicana¹⁵²

Creación y Dependencia

La **SE** de la República Dominicana es una institución descentralizada del Estado Dominicano con personalidad jurídica de derecho público, con patrimonio propio y capacidad para adquirir, ejercer derechos y contraer obligaciones, se relaciona con el Poder Ejecutivo por intermedio de la Comisión Nacional de Energía, creada por Ley¹⁵³. Está llamada a fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, así como las normas técnicas en relación con la generación, la transmisión, la distribución y la comercialización de electricidad.

La administración de la **SE** corresponde a un Consejo integrado por un (1) presidente y dos (2) miembros designados por el Poder Ejecutivo y ratificados por el Congreso

¹⁵² Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente:

<http://www.sie.gob.do/>

¹⁵³ La institución fue creada mediante la Ley General de Electricidad No.125-01 promulgada por el Poder Ejecutivo en fecha 26 de Julio del 2001 (modificada por la Ley No. 186-07, de fecha Seis (06) del mes de Agosto del año Dos Mil Siete (2007)).

En adición a la Ley General de Electricidad No.125-01, el sub-sector eléctrico se rige por el Reglamento para la Aplicación de la Ley General de Electricidad No.125-01 puesto en vigencia mediante Decreto No.555 del 19 de Julio del 2002 del Poder Ejecutivo, por las resoluciones que emanan del Consejo de la SIE y las normas y códigos que se emitan para regular el sub-sector.

Art. 8.- Se crea la Superintendencia de Electricidad con personalidad jurídica de derecho público, con patrimonio propio y capacidad para adquirir, ejercer derechos y contraer obligaciones, que se relacionará con el Poder Ejecutivo por intermedio de la Comisión Nacional de Energía. Su domicilio será la ciudad de Santo Domingo, sin perjuicio de las oficinas regionales que pueda establecer.

Nacional. Ostenta el cargo de Superintendente quién sea señalado como Presidente del Consejo. La **SE** está estructurada por cinco (5) direcciones: Dirección Administrativa, Dirección de protección al consumidor (PROTECOM), Dirección Legal, Dirección Mercado Mayorista y Dirección Mercado Minorista, que son las encargadas de supervisar y velar porque el sub-sector eléctrico funcione de acuerdo a sus normativas vigentes.

Presupuesto

El presupuesto de la Superintendencia de Electricidad está formado principalmente por los recursos que se le asignen en la ley de Gastos Públicos del Gobierno Central o en otras leyes generales o especiales, y las contribuciones de las empresas que operen negocios en el área de generación, transmisión y distribución de electricidad, las que no podrán ser superiores al uno por ciento (1%) de las ventas totales del sistema en el mercado eléctrico mayorista. El reglamento fija su monto y forma de recaudación¹⁵⁴.

Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), Uruguay¹⁵⁵

Creación y Dependencia

La **URSEA** es una institución estatal, creada con el fin de defender a los usuarios, y contribuir al desarrollo del país, a través de la regulación, fiscalización y asesoramiento en los sectores de energía, combustible y agua¹⁵⁶.

En 1997 se crea la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE), que tenía por función regular y controlar las actividades relacionadas con el suministro eléctrico. A fines de 2002, se amplía la necesidad y competencia regulatoria y se decide sustituir a la UREE por URSEA. De esta manera, se pasa a trabajar con otras actividades energéticas, como son el gas por redes, combustibles así como con aquellas relacionadas al

¹⁵⁴ El Reglamento en su **Capítulo IV**, Fijación y Forma de Recaudación de la Contribución para el Financiamiento de la CNE y la SIE, **Art. 45.-** Establece que todas las Empresas Eléctricas instaladas en la República Dominicana que realicen operaciones de generación, transmisión y distribución de electricidad, aportarán a la SIE y a la CNE hasta el uno por ciento (1%) de las ventas totales mensuales. En los artículos siguientes detalla los cálculos respectivos.

¹⁵⁵ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente:
<http://www.ursea.gub.uy/inicio>

¹⁵⁶ La URSEA participa en la Regulación de los sectores de la Energía Eléctrica, los Combustibles, y el Agua y Saneamiento; lo que está preceptuado en la **Ley Nº 17.598** que la crea como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, con facultad y competencia que se extiende a las siguientes actividades:

A) Las referidas a la energía eléctrica, B) Las referidas a la importación de gas natural, el transporte, el almacenamiento y la distribución de gas -cualquiera sea su origen- por redes. C) Las referidas a la aducción y distribución de agua potable a través de redes en forma regular o permanente en cuanto se destine total o parcialmente a terceros, y la producción de agua potable, entendida como la captación y tratamiento de agua cruda y su posterior almacenamiento, en cuanto su objeto sea la posterior distribución. D) Las referidas a la recolección de aguas servidas a través de redes, la evacuación de éstas y su tratamiento, en cuanto sean prestados total o parcialmente a terceros en forma regular o permanente. E) Las referidas a la importación, refinación, transporte, almacenamiento y distribución de petróleo, combustibles y otros derivados de hidrocarburos, dentro de la Energía Eléctrica se encuentran la Generación, e Importación, la Trasmisión, la Distribución y la Comercialización; dentro de los Combustibles se consideran tanto los combustibles líquidos, y biocombustibles como el gas natural, y el gas licuado a presión (GLP) más conocido como Supergas, desde la Importación y Producción, pasando por el transporte, envasado y distribución hasta la expedición final; en el sector del Agua se incluye la producción de agua potable, su distribución, así como la recolección, tratamiento y disposición final a través de los sistemas de saneamiento.

suministro de agua potable y al saneamiento. La URSEA ha adquirido nuevas responsabilidades en materia de agrocombustibles, uso eficiente de la energía y en temas de seguridad de los generadores de vapor.

Presupuesto

La URSEA dispone de su propia fuente de financiamiento a través de la recaudación de la Tasa de Control del Marco Regulatorio de Energía y Agua (Tasa de Regulación del 0,2% de la facturación de las actividades reguladas)¹⁵⁷, y del canon que se recibe por los concesionarios de servicios públicos¹⁵⁸. El crédito presupuestal es aprobado por el Parlamento Nacional, y la Tasa financia exclusivamente su presupuesto. En caso de existir excedentes de recaudación en comparación con el presupuesto aprobado, la diferencia se devuelve a los sujetos regulados en proporción a lo pagado, al año siguiente.

Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico, FUNDELEC (Antes CREE), Venezuela¹⁵⁹

Creación y Dependencia

El Estado ha tenido una gran influencia en la evolución del sector eléctrico, en su nivel de inversión, en su estructura, en su funcionamiento económico, pero sin establecer reglas del juego explícitas. Respecto a todos los otros países de América Latina, Venezuela tiene una característica muy singular: la falta de un marco legal para el sector eléctrico. Para ilustrarlo, basta con mencionar los periodos en los cuales surgieron las primeras leyes eléctricas en la región. En Brasil, el Código de Aguas de 1934 marca el inicio de la regulación del sector hasta que la ley de 1957 reglamente el servicio público eléctrico. Perú obtuvo su primera ley eléctrica en 1955, Chile en 1959, Argentina en 1960. En cambio, la primera ley eléctrica en Venezuela se promulgó en 1999, y nunca se implantó. La Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico (FUNDELEC) se crea en 1992¹⁶⁰, sobre la extinta CREE¹⁶¹, su formación expresa el interés del Estado Venezolano de

¹⁵⁷ Ley Nº 17.598, de 13 de diciembre de 2002... "ARTÍCULO 17.- "...Créase la Tasa de Control del Marco Regulatorio de Energía y Agua, que se devengará por la actividad de control de la participación en las actividades reguladas a que refiere esta ley. Serán sujetos pasivos quienes desarrollen dichas actividades y serán agentes de retención o percepción los que el Poder Ejecutivo defina, debiendo destinarse el monto total de lo recaudado, exclusivamente a la financiación del presupuesto aprobado de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua. Si hubiere excedentes en la suma anual percibida por concepto del tributo creado respecto del presupuesto aprobado de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua por el mismo período, los mismos se deducirán del monto a pagar en el año siguiente, en proporción a lo pagado. El total de lo recaudado por dicha Tasa en base a liquidaciones conforme a la reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo, no podrá superar el 2 o/oo (dos por mil) del total de ingresos brutos de la actividad sujeta a control..." Hasta la entrada en vigencia de esta norma sustitutiva, los montos devengados por concepto de la Tasa de Control del Marco Regulatorio de Energía y Agua, se regirán conforme a la disposición sustituida.

¹⁵⁸ El financiamiento del presupuesto por el Canon es el que corresponde a las tasas de control establecidas en los contratos de concesión de Gasoducto Cruz del Sur y Conecta (Ley 17.930 Art 193). Por este concepto se abonan al MIEM y URSEA de acuerdo a los contratos de concesión 73% al MIEM y 27% a URSEA.

¹⁵⁹ Los comentarios se han elaborado tomando información del enlace electrónico siguiente: <http://www.fundelec.gov.ve/?q=node/329>

fortalecer la rectoría y función reguladora en el desarrollo y administración del sector y servicio eléctrico nacional; es un organismo público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica.

Presupuesto

El Presupuesto se financia con las siguientes fuentes^{162 163}:

- a) Los aportes que previo el cumplimiento de las formalidades de Ley, le asigne el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica.
- b) El aporte inicial de la República y los de las demás empresas que participen como fundadoras.
- c) Los aportes extraordinarios que le asigne el Ejecutivo Nacional.
- d) Los demás ingresos provenientes de contribuciones, donaciones y demás liberalidades periódicas o eventuales de las empresas eléctricas y resultantes de la gestión por el servicio eléctrico que preste. Los aportes realizados no darán derecho alguno ni facultad para intervenir en la dirección y administración de la Fundación.
- e) Las demás que reciba por cualquier título de personas naturales, jurídicas, públicas o privadas, nacionales, internacionales o multilaterales.

Análisis final y presentación de Cuadros Comparativos

Con la información obtenida hemos estructurado los cuadros N° 12 y 13 que muestran comparativamente el diseño organizacional de organismos reguladores de los países latinoamericanos; apreciamos que algunos reguladores son un conglomerado a cargo de varios servicios públicos, no solo ven el tema energético, esos son los casos de Costa Rica, El Salvador, Panamá y Uruguay. Es coincidente en casi todos los países analizados, la intervención de la Presidencia de la República o del Poder Ejecutivo en la designación de los Miembros Directivos del más alto nivel, así como, en casi todos los casos los acuerdos son colegiados, a excepción de Chile que asume decisiones

¹⁶⁰ Creada a través del Decreto 2.384 de fecha 18 de junio de 1992, publicado en Gaceta Oficial N° 35.010 del 21 de julio de ese año, formaba parte del Ministerio de Energía y Minas.

Luego de algunos años y en virtud a los cambios estructurales del Poder Ejecutivo Venezolano, se implementa **La Reforma Parcial del Decreto N° 6.991, (21 de Octubre de 2009), Publicado en La Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.294 (28 de Octubre de 2009), mediante el cual se creó el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica Artículo 1º. Se modifica el Artículo 2º del Decreto quedando redactado de la siguiente forma: "Artículo 2º. Son competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica: 1.- Todo lo relativo a la formulación, seguimiento y evaluación de políticas, así como la regulación, la planificación y fiscalización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de energía eléctrica, energía atómica y energías alternativas.** De manera que FUNDELEC pasa a formar parte del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica.

¹⁶¹ **CREE:** Acrónimo de la Comisión Reguladora de Energía Eléctrica creada en el año 1992 por el Ministerio de Energía y Minas de Venezuela, como instancia asesora del Ente Tutelar en políticas y lineamientos del servicio eléctrico. Fue extinguida en el año 2001.

¹⁶² **Artículo 4º** del Decreto 2384 18 de Junio de 1992 Gaceta Oficial 35010 21 de Julio de 1992 Constitución de la Fundación Para El Desarrollo del Servicio Eléctrico "FUNDELEC".

¹⁶³ **Artículo 6º de los Estatutos de FUNDELEC 2011** | Protocolizado en el Registro Público del Primer Circuito Municipio Libertador Distrito Capital, N° 45, Folio 224, Tomo 47 del 26-10-2011.

personales y rinde cuentas a su sector. El Congreso no interviene en la ratificación de los candidatos propuestos, y la duración del mandato va desde 3 años (Honduras) hasta 7 años (El Salvador) con mayor frecuencia entre los 4 y 5 años; pero, nuevamente Chile marca la diferencia al no tener plazo su gestión. El financiamiento de sus actividades en la mayoría de casos es por una tasa (canon, contribución o aporte) aplicada por concepto de regulación, fiscalización o control a los concesionarios. Si se trata de reguladores multisectoriales, aplican la tasa, canon o aporte a todos los servicios bajo su ámbito. Los siguientes países: Chile, Honduras, México y República Dominicana, sí reciben dinero de sus arcas fiscales, de su tesoro público; por lo cual, su autonomía presupuestal, económica y financiera, además de otras, parten de una crucial dependencia de decisiones de orden político.

Cuadro N° 12
Comparación Internacional de Diseño Organizacional Reguladores en Energía
SUD AMÉRICA

Pais	Regulador	Designación Alta Dirección	Tipo de decisión y número de miembros	Ratificación del Congreso	Duración de mandato y escalonamiento de la designación	Financiamiento Presupuestal
Argentina	Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.)	Poder Ejecutivo designa 5 miembros. 2 de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica	Colegiada, 5 miembros Presidente, Vicepresidente y Vocales	Si, El Congreso forma una Comisión Ad-hoc que tiene 30 días para pronunciarse, si no lo hace la designación es aceptada automáticamente por el Congreso	5 años, reelección indefinida, si hay escalonamiento	Tasa aplicable a los concesionarios (Tasa de Fiscalización y Control)
Bolivia	Superintendencia de Electricidad - S.E	Poder Ejecutivo designa al Director Ejecutivo,	Consejo Consultivo de 5 miembros, 1 es el Director Ejecutivo	No	No	Tasa por Regulación que pagan las empresas eléctricas
Brasil	Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL)	Presidente de la República	Colegiada 5 miembros, 1 es el Presidente	Si. Aprobación previa del Senado	4 años, si hay escalonamiento	Tasa de fiscalización aplicable a los concesionarios
Colombia	Comisión de Regulación de Energía y Gas (C.R.E.G.)	Presidente de la República, y Poder Ejecutivo	Comisión de 6 miembros, 5 Comisionados 1 Superintendente de Serv. Púb. Domiciliarios, con voz pero sin voto	No	4 años	Gastos sufragados por entidades sometidas a regulación, forma el presupuesto público
Chile	Comisión Nacional de Energía (C.N.E.)	Presidente de la República.	A cargo un Secretario Ejecutivo, decisión unipersonal	No	Sin límite, funcionario del gobierno	Presupuesto público
Ecuador	Consejo Nacional de Electricidad (CONELC), Ecuador	Director Ejecutivo será designado por el Directorio del CONELC	Colegiada Directorio, compuesto por 7 miembros	No	4 años Reelección por una vez Presidente de Directorio, Vocales se remueven de conformidad con las causales	Contribución de los generadores, el transmisor y los distribuidores
Perú	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)	Poder Ejecutivo, concurso público de méritos	Colegiada, Presidente y 5 Directores	No	5 años, si hay escalonamiento	Tasa por regulación aplicable a concesionarios

Uruguay	Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA)	Presidente de la República en Consejo de Ministros	Colegiada, Comisión de 3 miembros		6 años	Recaudación de Tasa de Control del marco regulatorio de Energía y Agua
Venezuela	Fundación para el Desarrollo del Servicio Eléctrico, FUNDELEC (Antes CREE)	Poder Ejecutivo	Colegiada 5 miembros en Junta Directiva. 1 Director Ejecutivo y 4 Directores Principales. 1 Director Suplente	Libre nombramiento y remoción por el Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica	4 años y puede ser reelegido, Los Directores Principales durarán 3 años no hay escalonamiento	Aportes que asigna el Ejecutivo a través del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica

Fuentes.- Elaboración propia en base a las Páginas Web de los Organismos Reguladores de Energía; Plantilla tomada de: Gallardo, José, y Pérez-Reyes Espejo, Raúl, Diseño institucional y desconcentración de los organismos reguladores: el caso de OSINERG, Documento de Trabajo núm. 9, Oficina de Estudios Económicos, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), Lima, septiembre 2004, p. 35.

Cuadro Nº 13
Comparación Internacional de Diseño Organizacional Reguladores en Energía
CENTRO AMÉRICA

País	Regulador	Designación Alta Dirección	Tipo de decisión y número de miembros	Ratificación del Congreso	Duración de mandato y escalonamiento de la designación	Financiamiento Presupuestal
Costa Rica	Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP)	Consejo de Gobierno	Junta Directiva de 5 miembros; 1 Regulador General, 1 Intendente de Energía	Asamblea Legislativa, la cual dispondrá de un plazo de treinta (30) días para objetar los nombramientos.	Regulador General por un periodo de 6 años, si hay reelección por periodo igual	Canon que se cobra la actividad regulada
El Salvador	Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, SIGET	Presidente de la República	Colegiada Junta de Directores 3 miembros, 1 ejerce como Superintendente	No	7 años podrán ser reconfirmados o reelectos, si hay escalonamiento	Tasas para los sectores de Electricidad y Telecomunicaciones
Guatemala	Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE), Guatemala	Poder Ejecutivo	Colegiada Comisión integrada por 3 miembros, uno la Preside	renovación y sustitución, deberán ser efectuadas por Acuerdo Gubernativo	5 años	Tasa a las ventas mensuales de electricidad de cada empresa eléctrica de distribución
Honduras	Comisión Nacional de Energía, (CNE)	Secretario de Estado	Colegiada 5 miembros		3 años	Presupuesto de la República
México	Comisión Reguladora de Energía (C.R.E.)	Poder Ejecutivo	Colegiada, Presidente y 4 comisionados	No	5 años, si hay escalonamiento	Presupuesto Público
Nicaragua	Instituto Nicaragüense de Energía (INE)	Presidente de la República	Colegiada, Comisión de 3 miembros	Si Asamblea Nacional	Elecciones alternas respecto a las elecciones presidenciales	Cargo por regulación a concesionarios y titulares de licencias de distribución

Panamá	Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)	Órgano Ejecutivo	Colegiada, Junta Directiva de 3 miembros	Ratificado por Asamblea Legislativa	5 años, el Presidente tiene mandato de 2 años con derecho a reelección	Tasa por Regulación, pero se incorpora al Presupuesto de la república
República Dominicana	Superintendencia de Electricidad	Poder Ejecutivo	Colegiada, Junta Directiva de 3 miembros	Si Congreso Nacional	4 años, si hay escalonamiento, si hay reelección	Presupuesto Público y contribuciones de empresas de electricidad

Fuentes.- Elaboración propia en base a las Páginas Web de los Organismos Reguladores de Energía; Plantilla tomada de: Gallardo, José, y Pérez-Reyes Espejo, Raúl, Diseño institucional y desconcentración de los organismos reguladores: el caso de OSINERG, Documento de Trabajo núm. 9, Oficina de Estudios Económicos, Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), Lima, septiembre 2004, p. 35.

3.7 Breve comentario sobre la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) y los Organismos Reguladores (LEY Nº 29158) ¹⁶⁴.

El sustento principal para la promulgación de la LOPE se basó en que la norma que establecía las funciones y organización del Poder Ejecutivo ¹⁶⁵ había perdido vigencia debido a los cambios que sufrió la estructura del Estado, entre otros por efecto de la creación nuevos ministerios, de los organismos reguladores, de algunos organismos públicos ¹⁶⁶; o por la modificación de funciones de ciertos sectores, que ocasionaron la coexistencia de múltiples regímenes de organización y funcionamiento, adscripciones políticamente concebidas donde el criterio técnico estuvo ausente, e ineficiencia y malestar. Como es obvio, todo este desorden, confusión y ambigüedad, no contribuía a mejorar el bienestar de la comunidad.

En tal sentido, con la aprobación de otras normas ¹⁶⁷ a partir del año 2002 y de esta Ley (**LOPE**) se dio inicio a un largo y complejo proceso de reforma del Estado teniendo como objetivo principal la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, para superar la imagen del Estado centralista y excluyente, compromiso que significó de hecho el impulso de una verdadera transformación en la estructura del Poder Ejecutivo.

¹⁶⁴ Los comentarios y Análisis expuestos se basan en un Documento de la Presidencia del Consejo de Ministros cuyo título es: "Memoria del Proceso de Implementación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - LOPE", elaborado por la Secretaría de Gestión Pública en Octubre del 2010, en colaboración de la GTZ (Cooperación Alemana para el Desarrollo), tomado del siguiente enlace electrónico: <http://www.gobernabilidad.org.pe/>

¹⁶⁵ D.L. Nº 560 de marzo de 1990.

¹⁶⁶ OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN SUNAAS, FONCODES, COFOPRI, Etc.

¹⁶⁷ Ley Nº 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado; y su Reglamento D.S. Nº 030-2002-PCM. Ley No 27783 Ley de Bases de la descentralización, publicada el 20 de julio del 2002. Ley No 27867 Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR), aprobada el 08 de noviembre de 2002, con la cual dejan sin efecto a los Consejo Transitorio de Administración Regional (CTAR) para crear un nivel intermedio entre el nacional y local, es decir, los gobiernos regionales. Ley No 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) publicada el 27 de mayo de 2003.

Uno de los hitos más importantes en este proceso fue la promulgación de la LOPE¹⁶⁸, porque completaba el marco legal de los tres niveles de gobierno, al establecer las competencias del Poder Ejecutivo y orientar la reforma del gobierno a una estructura unitaria y descentralizada. Al ser su objetivo un funcionamiento estatal más eficaz y eficiente, delimita claramente las funciones con el fin de evitar la superposición y duplicidad, no solo como una medida que racionalice el gasto, sino para asignar responsabilidades y fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas. Asimismo, bajo esta norma la asignación de funciones está orientada a reforzar el proceso de descentralización, y a ordenar entre otros aspectos, la creación y funcionamiento de los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos para que no se disperse su esencia y accionar. Por otro lado, las necesidades de provisión de servicios públicos para la población garantizadas constitucionalmente por el Estado, no son las que se presentaban 30 o 40 años atrás; en virtud a lo cual y como lo precisa un informe de la Confiep¹⁶⁹, *“a medida que la economía crece y se incrementan los recursos fiscales se hace más evidente mejorar la gestión del Estado, por ello se requieren respuestas del Estado a través de instrumentos y herramientas dinámicas, prospectivas y estratégicas”*, dentro de su rol de subsidiariedad y de promotor de la inversión privada, a efectos de cerrar la brecha en infraestructura y servicios básicos.

Es así que los organismos reguladores reciben en esta Ley, una calificación y tratamiento, que les reconfirma cierta independencia¹⁷⁰ respecto de la esfera política. Desde el punto de vista funcional devienen en Organismos Públicos Especializados, y de hecho lo son por cuanto actúan en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, para lo cual están investidos de la facultad de ejercer funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras, de solución de controversias y reclamos, y de defensa del interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política y a esta ley¹⁷¹.

¹⁶⁸ Ley N° 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, diciembre del 2007.

¹⁶⁹ CONFIEP - “Agenda Pendiente de Reformas en el Perú 2008”. La CONFIEP con la colaboración del Instituto APOYO y del Center for International Private Enterprise-CIPE presentó en el 2008 el estudio “Agenda Pendiente de Reformas en el Perú”. Este documento de análisis contiene propuestas sobre la problemática de las reformas pendientes y recomendaciones de medidas específicas que deberían aplicarse en cinco áreas fundamentales: i) Promoción de inversiones, ii) Modernización del Estado, iii) Educación, iv) Políticas sociales, y v) Resolución de conflictos.

¹⁷⁰ Artículo 31.- Organismos Públicos Especializados; Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos: 1. Organismos Reguladores, y, 2. Organismos Técnicos Especializados.

¹⁷¹ La LOPE preceptúa en su Artículo 32.- Organismos Reguladores - Los Organismos Reguladores:
1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Sin embargo en la LOPE, también es evidente el riesgo para los reguladores de ser reorganizados y fusionados, sin haberse ponderado que un aspecto esencial en su creación, autonomía y competencias es su alta especialización y sectorialización. El artículo 28¹⁷² de la LOPE va en dirección opuesta al diseño institucional de los reguladores, al dejar abierta la posibilidad de reorganizarlos o incluso fusionarlos mediante un decreto supremo. La norma puede ser coherente con los propósitos de la modernización del Estado respecto a los demás organismos públicos, pero no resulta apropiada a las características y diseño de estas entidades, cuya autonomía es afectada. Resulta tan perjudicial por crearles inestabilidad frente a los inversionistas, a los cuales regula, supervisa y fiscaliza. En consecuencia, es necesario corregir la citada disposición de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo a fin de excluir la posibilidad de reorganizar o fusionar los organismos reguladores por decreto supremo, norma que como se conoce dentro de la proclividad política no siempre se fundamenta en criterios técnicos de largo alcance, sino para atender motivaciones cortoplacistas.

Finalmente, el cuadro N° 14 muestra la naturaleza y características de los reguladores como Organismos Públicos Especializados dentro del marco de la LOPE.

Cuadro N° 14
Organismos Públicos Naturaleza y Características

Características	TIPO DE ORGANISMO PÚBLICO		
	Ejecutores	Especializados	
		Técnico Especializados	REGULADORES
Naturaleza de sus funciones / Fundamento para su creación	1. Entidad orientada a prestar servicios específicos y especializados (investigadores, promotores, financiadores, escuelas, ejecutores, magnitud de operación). 2. Entidad con administración propia debido a la gran	1. Planifican y supervisan o ejecutan y controlan políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental, que requieren un alto grado de independencia funcional. 2. Otorgan y/o reconocen derechos	Actúan en ámbitos especializados de regulación de mercados (monopolios naturales)

3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.

4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.

5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.

6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Solo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese.

7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley.

¹⁷² **Artículo 28°.- Naturaleza:** Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos: 1. **Organismos Públicos Ejecutores**, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo. 2. **Organismos Públicos Especializados**, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo. En ambos casos, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerda por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Los Reglamentos de Organización y Funciones respectivos se aprueban por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. (Subrayado nuestro).

	magnitud de sus operaciones.	de los particulares que resulten oponible a tres sujetos de los sectores público y privado.	
Autonomía económica	1. Flexibilidad para ejecutar recursos. 2. Ministerio aprueba política de gasto.	1. Flexibilidad para ejecutar recursos. 2. Ministerio aprueba política de gasto.	Determinan y aprueban su política de gasto.
Autonomía funcional	1. Sujetos a lineamientos técnicos del sector del que dependen. 2. Formulan objetivos y estrategias en coordinación con el ministerio del que dependen.	1. Sujetos a lineamientos técnicos del sector del que dependen. 2. Formulan objetivos y estrategias en coordinación con el ministerio del que dependen.	Definen sus lineamientos técnicos, objetivos y estrategias.
Autonomía política	1. Organismos dirigidos por un Jefe (nombrado por Resolución Suprema). 2. Pueden contar con Consejo Consultivo (mixto) y Consejo Directivo por excepción (solo público).	1. Dirigido por organismo colegiado (Consejo Directivo). 2. Consejo Directivo puede ser mixto (público y privado).	1. Dirigido por organismo colegiado (Consejo Directivo). 2. Nombramiento calificado (por concurso). 3. Solo puede ser removido por falta grave.
Creación	1. Cuentan con personería jurídica de derecho público. 2. Creados y disueltos por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo 3. Fusión, reorganización, cambio de adscripción por Decreto Supremo.		

Fuente: PCM – SGP **Memoria del proceso de implementación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE)** Diciembre 2010, pág. 43.

Podemos apreciar, que los organismos reguladores conservan la autonomía conferida desde sus normas de creación desde el punto de vista del manejo administrativo, técnico y funcional. También, hemos explicado la variación a lo largo de los años de su adscripción al poder político.

El aspecto relevante en la LOPE es la introducción de esa variante en cuanto a su estabilidad como entidad. Como hemos indicado la reorganización o fusión a la que se exponen con una norma de rango inferior a una ley, les resta solidez e imagen; su tal fortaleza y autonomía, podemos afirmar, se encapsula.

Hemos explicado que los concesionarios o adjudicatarios de licencias de explotación de servicios públicos, poseen mayor margen de maniobrabilidad respecto al manejo y uso de sus recursos, lo cual ya les confiere una relativa ventaja en relación a la “autonomía” de la que gozan los reguladores; la asimetría de información no necesariamente es una brecha que se cierra con un buen contrato, no hay contratos perfectos, la renta informacional es onerosa; y ahora la LOPE, les otorga una nueva ventaja, “la inestabilidad” del regulador. Aspecto crítico que merece corregirse.

CAPÍTULO IV: EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN¹⁷³

En el capítulo precedente hemos abordado y demostrado la importancia que tiene preservar la autonomía en el diseño institucional de los organismos reguladores. En el caso del Perú, si bien las normas así lo han establecido y ratificado, en la práctica es siempre una amenaza la intromisión del poder político, en principio cuando dispone libremente de los recursos económicos de las entidades a través de decretos de matiz inconstitucional, y luego, cuando están expuestos a ser reorganizados o fusionados con una norma de bajo análisis y poca discusión previa. Ambas actuaciones políticas debilitan su capacidad, credibilidad, perspectivas y grado de confianza, frente a la población y los inversionistas.

En el presente capítulo analizaremos basándonos en documentación institucional y empírica, en qué condiciones el regulador peruano de energía (y minería), procura un balance entre sus stakeholders, para posteriormente en el siguiente, verificar qué dice la evidencia empírica respecto a la autonomía de OSINERGMIN y así analizar mediante estudios que permitan concluir respecto al impacto de las decisiones políticas, la afectación a la autonomía del ente regulador.

4.1 La Creación, Dependencia y Subordinación de OSINERGMIN

¹⁷³ Este capítulo se desarrolló tomando información colgada por la OSINERGMIN en su portal institucional <http://www.osinerg.in.gob.pe>

Con los procesos de liberalización de mercados y privatizaciones particularmente en el sector energía, paradójicamente también se empezó a dar más impulso a la Regulación, debido a las fallas de mercado e insuficiencias institucionales que hemos descrito, las mismas que tienen significativo impacto económico, social y político sobre todo cuando se trata de servicios públicos; ahora bien, entender la creación del regulador de energía bajo un enfoque especializado, viendo solo una parte de esa realidad nos conduciría a una errada interpretación de su evolución desde sus orígenes a la fecha. Un enfoque multidisciplinario, que abarque aspectos esenciales del problema de la Regulación de los Servicios Públicos es la necesaria para un mejor propósito, y consecuentemente, aceptar y entender la poli dimensión de los subsectores energéticos, tanto como un sistema complejo y visto ello de manera holística.

Es así que el **Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería**, surge como la institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas de los sub sectores eléctrico, hidrocarburos y minero, cumplan los contratos de concesión suscritos y las disposiciones legales de las actividades que desarrollan, lo que nos permite apreciar el amplio ámbito de intervención del ente, su real dimensión y carácter multidisciplinario.

Fue creado mediante Ley¹⁷⁴ bajo el nombre de OSINERG^{175 176}, con exclusividad en los sub sectores de electricidad y el de hidrocarburos. Inició el ejercicio de sus funciones el 15 de octubre de 1997, supervisando que las empresas de esos sub sectores brinden un servicio permanente, seguro y de calidad. En junio del 2000, la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (Ley N° 27332), le asigna funciones de regulación, que desarrollaba hasta ese momento la Comisión de Tarifas de Energía (CTE). En abril del 2002, mediante la aprobación de la Ley N° 27699 de Fortalecimiento Institucional del OSINERG, se ampliaron las facultades

¹⁷⁴ Ley N° 26734, Ley de Creación del OSINERG del 31 de diciembre de 1996.

¹⁷⁵ **El artículo original de la Ley N° 26734** disponía lo siguiente: “Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), como organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos siendo parte integrante de Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la Comisión de Tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y **goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera**, pertenece al Ministerio de Energía y Minas”...

¹⁷⁶ Posteriormente fue modificado mediante Ley 28151 publicada en el Diario Oficial con fecha 06.01.2004 con el siguiente texto: “Artículo 1.- Creación y naturaleza.- Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), como Organismo Fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos y del cumplimiento de las normas del sector eléctrico por toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, siendo parte integrante de Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de Derecho Público Interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera”.

de la institución como el control de calidad y cantidad de combustibles, y se otorgaron mayores prerrogativas dentro de su facultad sancionadora; la misma norma le asigna funciones normativas, de solución de controversias y de solución de reclamos. Continuando ese proceso evolutivo natural y acorde al desenvolvimiento del impulso de las inversiones privadas, a partir del año 2007¹⁷⁷, se le transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras, por lo que amplió su campo de trabajo al subsector minería y pasó a denominarse OSINERGMIN¹⁷⁸. Consolidado como tal, en la actualidad supervisa en base a normas y procedimientos que en estos sub sectores las empresas concesionarias y las compañías mineras cumplan con sus actividades de manera segura y saludable, tarea que requiere una evaluación permanente de los problemas del sector y del entorno. Las normas que diseña e implementa, en su aplicación están acompañadas del sentido crítico, lo contrario, su aislamiento del entorno, derivaría en problemas de gran impacto, como la falta de inversiones en capacidad, problemas de calidad y de seguridad o la persistencia de la informalidad. Cada uno de los sub sectores a cargo de la entidad, requiere de la aceptación de sus particularidades, probables afinidades y diferencias.

Como se observa, y también como lo sostiene Ariño Gaspar¹⁷⁹, *“desde su creación los órganos regulatorios llegaron para quedarse, y para absorber mayores funciones a las inicialmente concebidas. Su justificación en la corriente de liberalización de sectores económicos que pregonaron el principio de no intervención del Estado unido a una “desregulación” de la actividad tampoco prosperaron. Por otro lado, las regulaciones técnicas de contenido social y económico en nombre del principio de la competencia, de la corrección de las fallas de mercado, o de otros, no pueden estar frecuente o fácilmente aisladas de las decisiones de orden político”*; concordantemente las labores de regulación, supervisión y fiscalización que ejecuta OSINERGMIN se rigen por

¹⁷⁷Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG. Artículo 2º.- De la transferencia de funciones al organismo competente.- Transfíerense las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

¹⁷⁸ En mi opinión, esta modificación legal excede las competencias de un Regulador de Servicios Públicos, por cuanto la condición del subsector Minería, no satisface la concepción y características de los mismos, insertas en la Ley Marco de los Organismos Reguladores, y en la amplia literatura escrita al respecto. Creo más bien, que esas tareas le son añadidas por su reconocido prestigio técnico y manifiesta calidad profesional. De igual manera, en la actualidad tiene a su cargo el FISE (Fondo de Inclusión Social Energético) que tampoco se reviste de características Regulatorias aunque tiene relación con las actividades energéticas bajo un esquema de redistribución económica.

¹⁷⁹ Ariño Ortiz, Gaspar, “Regulación económica y modelo de administración: La necesaria reforma institucional” en Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, vol. I Civitas, Madrid, 1994, pp. 68 y ss. El autor señala que esta característica se manifiesta a propósito de las agencias o comisiones independientes norteamericanas, y se mencionan como una reflexión para una reconstrucción del Estado que permita un nuevo modelo de administración, en la medida en que tales organismos responden a un modelo de Estado liberal y abstencionista que cree que el intervencionismo del gobierno en la economía debe ser el menor posible.

critérios técnicos, que insertan la determinación de que los objetivos públicos pertenecen a la autoridad política, y que las medidas del mercado con sus correcciones son reservadas a la autoridad técnica. Bajo esa percepción, el regulador ha adoptado un Modelo de Excelencia en la Gestión¹⁸⁰, donde converge el interés de diferentes actores, y en base a este esquema, contribuye integralmente con el desarrollo energético del país, el cuidado del medio ambiente y la protección de los intereses de la población.

En ese escenario es congruente que el organismo esté ahora adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros¹⁸¹, por ser esta la entidad que promueve, coordina y articula la política general del Gobierno, visto no como un ejercicio quinquenal sino, como un compromiso de largo aliento. El regulador tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera, que como analizaré y demostraré más adelante, y siendo ello una paradoja, autonomía afectada en cierta medida por normas del poder ejecutivo.

4.2 La Organización y Funcionamiento de OSINERGMIN

Organización

Para los efectos de cumplir con la Misión y Visión institucional¹⁸², y su rol a cabalidad, OSINERGMIN cuenta en su estructura orgánica (**Anexo 3**) con seis Gerencias de Línea encargadas de la Supervisión y Fiscalización, correspondiendo cada una a un sub sector específico (Electricidad, Gas Natural, Hidrocarburos Líquidos, Minería, Oficinas Regionales, y Legal¹⁸³), y una Gerencia Adjunta encargada de la Regulación Tarifaria¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Para lograr estos objetivos y mejorar su servicio a la ciudadanía en forma permanente, OSINERGMIN ha implementado un modelo de gestión con altos estándares. Ello le ha valido obtener el Premio Nacional de la Calidad en el año 2010, el Reconocimiento Plata 2011 y la Premiación Oro 2012, del Premio Iberoamericano de la Calidad, convirtiéndose en la institución pública peruana líder en gestión de la calidad basada en estándares internacionales.

¹⁸¹ Dependencia y Subordinación de OSINERGMIN ha transitado por diversos Ministerios:

(1) Su Ley de Creación N° 26734 publicada el 31.12.1996, lo adscribió al Ministerio de Energía y Minas.

(2) De conformidad con el Art. 1° de la Ley N° 26923, publicada el 03-02-98, este organismo quedará adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

(3) De conformidad con el Art. 2° del Decreto de Urgencia N° 025-98, publicado el 18-06-98, este organismo quedará adscrito al Sector Economía y Finanzas.

(4) De conformidad con el Art. 2° de la Ley N° 27111, publicada el 16-05-99, este organismo queda adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas.

(5) De conformidad con el Artículo 2° de la Ley N° 27332, publicada el 29-07-2000, este organismo queda adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

(6) La Ley N° 29158 (LOPE) ratifica la adscripción de todos los Organismos Reguladores a la Presidencia del Consejo de Ministros.

¹⁸² **Misión:** Regular y supervisar los sectores de energía y minería con autonomía y transparencia para generar confianza a la inversión y proteger a la población. **Visión:** Que la sociedad reciba un adecuado abastecimiento de energía y que las actividades supervisadas por OSINERGMIN se realicen en forma segura y con cuidado del medio ambiente.

¹⁸³ En mi opinión la Gerencia Legal debe considerarse como una Unidad de Asesoramiento y no de Línea, por cuanto su función general es orientar y brindar asesoría legal a las diversas áreas de la institución respecto de la legalidad de sus actuaciones, facultades y atribuciones frente a otras entidades y población en

Lo relacionado al pronunciamiento de apelaciones por reclamos y medidas cautelares de la Junta de Apelaciones y del Tribunal de Apelaciones, está a cargo de la Secretaría Técnica de Órganos Resolutivos, y del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería.

Descentralización

Inició el proceso de descentralización el 2002. En el 2003 tuvo 15 Oficinas Regionales y al 2007 anticipándose a la LOPE y al proceso de descentralización del país, implementó un total 23 sedes regionales a nivel nacional, a las cuales progresivamente se les ha transferido algunas funciones que por su naturaleza resulta ventajoso y oportuno atenderlas desde dichas oficinas. Las primeras funciones transferidas han estado relacionadas a la Atención al Cliente/ciudadano (competencias de la institución, trámites de electricidad, hidrocarburos, gas natural y minería, coordinación y atención a requerimientos de las autoridades y entidades locales) y a la Atención de Actividades referidas a la Supervisión (denuncias respecto a las deficiencias del servicio eléctrico, interrupciones del servicio eléctrico, deficiencias del alumbrado público, riesgo eléctrico, atención de las denuncias de calidad y cantidad en la comercialización de combustibles líquidos e informalidad). Las funciones regulatorias, normativas, de solución de reclamos y solución de controversias se mantienen en sede nacional, conforme lo ilustra el cuadro N° 15.

Cuadro N° 15
Funciones de OSINERGMIN y la Descentralización

Regulación	Fijar tarifas en electricidad y gas natural por ductos	} Énfasis de Actuación Oficinas Regionales, según delegación por Gerencias de Línea
Supervisión	Verificar cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o técnicas	
Fiscalización y sanción	Imponer sanciones por incumplimiento a las normas	
Atención al cliente	Orientación, tramitación y atención de denuncias	
Normativa	Dictar reglamentos y normas de acuerdo a su competencia	
Solución de reclamos	Resolver reclamos en segunda instancia de electricidad y gas natural	
Solución de controversias	Conciliar intereses contrapuestos entre agentes	

Fuente.- Plan de Descentralización de OSINERGMIN, registrado en la web institucional. (2011) p. 15.

Principios

Sustentar y sujetar la actuación de los Órganos de OSINERGMIN a los Principios establecidos en su Reglamento¹⁸⁵, constituye un buen soporte de la misión, la visión, y de los objetivos estratégicos; se manifiestan como orientadores de la conducta y normas deseables para acondicionar las diferentes situaciones que se plantean bajo una misma

general. Función transversal a toda la Organización.

¹⁸⁴ Antes de su absorción esta actividad estaba a cargo de la CTE (Comisión de Tarifas Eléctricas).

¹⁸⁵ Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

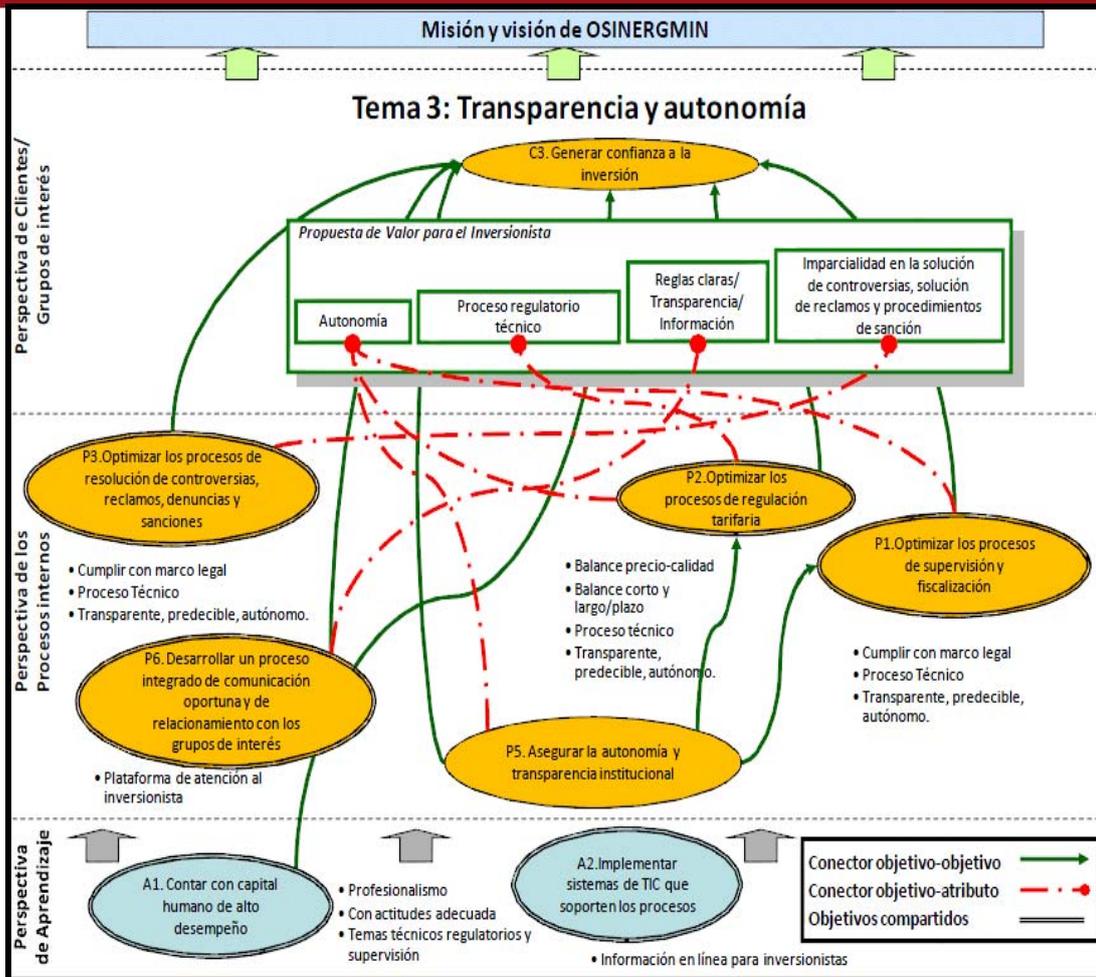
estructura armónica y de predictibilidad. Se han adoptado como normas de conducta los siguientes principios: Libre Acceso, Neutralidad, No Discriminación, Actuación basado en el Análisis Costo – Beneficio, Transparencia, Imparcialidad, Autonomía, Subsidiariedad, Supletoriedad, Análisis de Decisiones Funcionales, Eficiencia y Efectividad, Celeridad¹⁸⁶.

La autonomía como principio, significa que OSINERGMIN no se encuentra sujeto en su actuación funcional a mandato imperativo de ningún otro órgano o institución del Estado, se sujeta estrictamente a las normas legales aplicables y a estudios técnicos debidamente sustentados. La transparencia contribuye a la predictibilidad de sus actuaciones y decisiones, siendo el medio para estar en contacto con los grupos de interés y la comunidad en general. El gráfico N° 4 se muestra desde tres perspectivas, cómo el regulador ha diseñado su actuación para el periodo 2010-2014.

Complementado esos principios, es necesario fortalecer la Independencia de la influencia político-partidaria y la de los otros agentes económicos de cualquiera de los sub sectores (Electricidad, Hidrocarburos y Minería), donde es bastante conocido del gran poder de intromisión que tienen, evitándose la captura del regulador. Es de importancia también, tener una Capacidad Prospectiva de anticipación de posibles escenarios futuros para la adopción de adecuadas políticas no solo en lo regulatorio, sino en la supervisión y fiscalización, de manera de fortalecer la Ética e Integridad del Organismo.

Gráfico N° 4
La Transparencia y la Autonomía en el mapa Estratégico 2010-2014

¹⁸⁶ Del Art. 4º al Art. 15º, ibídem.



Fuente.- Plan Estratégico de OSINERGMIN 2010-2014 pág. 14/43

Entre las normas de creación y funcionamiento está su Reglamento, que le establece seis categorías funcionales propias de todo ente regulador de servicios públicos, donde es necesario encontrar un equilibrio entre los intereses de los stakeholders con la armonización de sus objetivos estratégicos.

Objetivos estratégicos

Teniendo entre los Objetivos Estratégicos orientados hacia sus stakeholders: Impulsar un abastecimiento energético suficiente, eficiente y de Calidad; Generar confianza a la inversión; Optimizar los procesos de supervisión, fiscalización y de regulación tarifaria; Optimizar la resolución de controversias, reclamos, denuncias y sanciones; Mejorar el marco normativo para impulsar el abastecimiento de energía; y, Asegurar la autonomía y transparencia institucional; significa que las funciones a ejecutar (Ver cuadro N° 16), se articulen y dinamicen en relación a: el comportamiento del mercado, los cambios normativos del sector, la política general del Estado, el contexto internacional (toda vez que el Estado Peruano ha suscrito tratados comerciales con diferentes países que lo

obligan al cumplimiento de ciertos parámetros), y la garantía de una ejecución funcional absolutamente técnica y oportuna que disminuye el riesgo país y alienta las necesarias inversiones que acompañen el crecimiento económico del país.

Cuadro N° 16
Funciones de OSINERGMIN en el contexto de su Marco Legal

Función	Tarea	Ejercida por:
1. Regulación	Fijar precios y tarifas en electricidad y gas natural.	La función reguladora es de competencia exclusiva del Consejo Directivo de OSINERG y se ejerce a través de Resoluciones.
2. Supervisión	Verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas.	La función supervisora es ejercida por la Gerencia General. Para el desarrollo de dicha función, la Gerencia General contará con el apoyo de las Áreas correspondientes, que estarán a cargo de las acciones de investigación y de análisis que correspondan.
3. Fiscalización y Sanción	Imponer sanciones por incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales y técnicas.	La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio, o por denuncia de parte. Las sanciones serán impuestas por la Gerencia General. Sus resoluciones podrán ser apeladas ante el Consejo Directivo, quien resuelve en segunda y última instancia administrativa.
4. Normativa	Dictar reglamentos y normas que regulen procedimientos a su cargo y otros de carácter general.	La función normativa de carácter general es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de Resoluciones.
5. Solución de Reclamos	Resolver reclamos en segunda instancia (apelaciones), de los usuarios del servicio público de electricidad y gas natural por ducto.	La solución de Reclamos de Usuarios del Servicio Público, en primera instancia administrativa está a cargo de las entidades, y en vía de apelación y segunda y última instancia administrativa por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios.
6. Solución de Controversias	Conciliar intereses contrapuestos entre entidades, reconociendo o desestimando derechos invocados.	La función de solución de controversias es ejercida por los Cuerpos Colegiados, en primera instancia administrativa y por el Tribunal de Solución de Controversias de OSINERG, en segunda y última instancia administrativa.

Fuente.- Elaboración propia sobre la base de información en la web de OSINERGMIN

Es una verdad axiomática que la energía es fundamental para toda la sociedad y el país en general; y tan claro también, que el rol del regulador en energía es crucial, por lo que las funciones establecidas en su normativa¹⁸⁷ no tienen carácter de negociables, se deben de cumplir sobre la base de una verdadera autonomía y transparencia institucional, por el contrario, las fallas del gobierno se convertirán en distorsiones del mercado, y se corre el riesgo de obtener resultados limitados que repercutan en el nivel de bienestar y confianza de los usuarios e inversionistas.

Por otro lado, si no se cumple con la función o se cumple parcialmente, hay que descartar las causas, como la no disponibilidad de los medios personales, materiales o financieros, todo lo cual contribuye de manera adversa a la atención de las obligaciones asumidas. Evidentemente si las normas que regulan las competencias no son lo claras y lo determinantes que debieran, o se tiene al frente un órgano colegiado con acento político que toma sólo decisiones por razones de esta naturaleza, o este sesiona sin el

¹⁸⁷ Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento del OSINERGMIN, del Art. 21° al Art. 48°.

número de miembros que estipula la norma, y solo se hace con el mínimo para salvar el quórum¹⁸⁸, se corre también riesgos de disfunción institucional.

OSINERGMIN ha logrado a lo largo de sus años reconocimientos locales e internacionales constituyéndose en un referente para sus similares del contexto latinoamericano. Ello es altamente meritorio, manifiesta haberse alcanzado madurez institucional. Sin embargo, este escenario no implica que el regulador sea inmune a los impactos de los grupos de poder del sector empresarial y político, o que la percepción que tiene la población de la defensa de sus intereses en relación a la calidad y precio de los servicios que se regula y fiscaliza no sea convergente con esos éxitos.

Finalmente, si la aplicación de las sanciones a los concesionarios son elevadas a la instancia judicial so pretexto de que el derecho asiste sus pretensiones, también estamos frente a una forma de ineficacia funcional o de equivocado diseño institucional.

Presupuesto

El grado de autonomía de una organización depende en gran medida del origen y capacidad del manejo de sus recursos presupuestales; si estos provienen de recursos ordinarios, es decir del tesoro público, ya existe desde el principio un elemento a

¹⁸⁸ (Editorial del Diario "El Comercio" del viernes 6 de mayo del 2011) Cuando el Estado abandona su función reguladora): A dos meses y medio del término de este gobierno, el régimen aprista no ha cumplido con nombrar a los funcionarios que requieren los organismos reguladores, como Osiptel, Ositrán, Osinergmin y Sunass. Lo peor es que las decisiones que han asumido los consejos directivos de dichas entidades, en los últimos cinco años, no han contado con el visto bueno de la totalidad de sus integrantes. Esta inacción y negligencia, por llamarlo de alguna manera, es injustificable. Más bien denota la falta de interés de quienes deberían preocuparse por cumplir ese mandato constitucional que dicen defender pero que no respetan. Como se sabe, la Constitución Política establece en su artículo 65 que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado y vela por su salud y seguridad. En este sentido, después de tantas dilaciones y demoras inadmisibles, lo más recomendable es que los funcionarios que faltan en los organismos reguladores sean nombrados por el próximo gobierno que se instaure el 28 de julio, como han demandado los candidatos presidenciales. Resulta alarmante que el regulador de las inversiones de telecomunicaciones –Osiptel– no cuente con un representante por la sociedad civil desde hace casi 4 años; en el 2007, por añadidura, tres directores renunciaron por discrepancias con la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Pese a ello, su Consejo Directivo ha seguido tomando decisiones, incluso con el voto de dos miembros. Así sucedió en el 2010 cuando uno de sus directores renunció debido a una investigación (hoy en el Poder Judicial) sobre un posible intento de influencia por parte de una de las empresas reguladas. Ositrán, regulador de la inversión en infraestructura de transporte, atraviesa por una situación similar. Le falta un director desde el 2007, aunque se han realizado tres concursos entre el 2008 y el 2010 que fueron declarados desiertos pese a que participaron candidatos de reconocido prestigio. Recién, en mayo del 2010, la PCM cambió las reglas de juego para facilitar los nombramientos: se acortaron los plazos y se eliminó a Indecopi como miembro de las comisiones responsables de estos procesos. Pero dichas modificaciones tampoco mejoraron la situación. Los procesos emprendidos por Osiptel y Ositrán bajo las nuevas reglas de juego no se han visto libres de denuncias sobre falta de transparencia en la selección y nombramientos. Cuánto hubiera ganado el Perú con organismos reguladores bien habilitados, si la preocupación del Estado hubiera sido nombrar a funcionarios de primer nivel y bien remunerados, para no exponerlos a tentaciones peligrosas en su función supervisora. Hoy es demasiado tarde. Las suspicacias deambulan por la administración pública, mientras algunos personajes de cuestionable trayectoria rondan los comités de selección. Es una lástima que los gobernantes confundan el significado de una economía abierta con un Estado que da la espalda a los intereses ciudadanos e incumple su función supervisora. Lo mismo puede decirse de los congresistas que no han aprobado el nombramiento de los reguladores, poniendo en evidencia su falta de representación.

considerar porque el arca estatal generalmente incluye normas de austeridad y control de gastos que limitan una buena gestión o cuando menos retardan los efectos que se esperan debido a implementaciones fragmentadas en la atención de sus necesidades base. El caso de OSINERGMIN, así como el de otros reguladores reviste importancia debido a que solventa casi la totalidad de su presupuesto con algún tipo de tasa que transfieren los concesionarios y que son pagadas por los usuarios de los servicios públicos.

Desde la ley de concesiones eléctricas¹⁸⁹ se previó que el sostenimiento del organismo regulador en energía, se soporte en un porcentaje de la facturación anual (máximo 1%) que el ministerio del sector (Energía y Minas- MEM) establecería a cargo de los titulares de concesión o los de autorización; igualmente, la ley orgánica de hidrocarburos¹⁹⁰ también previó un aporte porcentual (hasta un máximo de 0.75%) sobre la base de las regalías y participación de los contratos de la empresa PERUPETRO S.A; así mismo, a partir de la transferencia de funciones del MEM y al convertir a OSINERG en OSINERGMIN, se le otorga un arancel minero¹⁹¹ y hasta un máximo del 70% del importe de las multas que imponga el regulador a las empresas mineras fiscalizadas por infracciones que se detecten.

De otro lado, también constituyen recursos¹⁹² de OSINERGMIN, los montos por concepto de sanciones y multas, que imponga y los aportes, asignaciones, donaciones, legados o transferencias por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, incluyendo las que provengan de la cooperación internacional. Todos estos recursos presupuestales son considerados recursos directamente recaudados, no provienen del tesoro público.

Desde luego que es entendible que siendo un organismo público, tenga que someter algunas herramientas de gestión a la aprobación del sector, sin embargo, su ejecución se estropea al relativizarse su autonomía al haber la ley previsto que el presupuesto anual del regulador deba ser aprobado por el MEM, y que estos dineros que lo solventan, se

¹⁸⁹ D.L N° 25844 (Art. 31°, literal g, de la Ley de Concesiones Eléctrica).

¹⁹⁰ Ley 26221 (Art. 6°, numeral 3, de la Ley Orgánica de Hidrocarburos).

¹⁹¹ Ley 28694 (Crea OSINERGMIN, Transfiere funciones Mineras)

Art. 4°.- Financiamiento de las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras.

Art. 7°.- Arancel de Fiscalización Minera.- El Arancel de Fiscalización Minera comprende los honorarios de los profesionales que intervienen en las diligencias, los viáticos, el margen de utilidad de las Empresas Supervisoras, así como los costos de ensayos de laboratorio y otros que fueran necesarios para la realización de las acciones de fiscalización. El Arancel de Fiscalización Minera será establecido anualmente mediante resolución del Ministerio de Energía y Minas, previo informe técnico-económico de la Dirección General de Minería. El monto total del Arancel que corresponda a las actividades de fiscalización de cada unidad será depositado por los titulares mineros al inicio del ejercicio anual. El incumplimiento del depósito del monto anual del Arancel será causal de suspensión de las autorizaciones y certificaciones expedidas para la realización de las operaciones mineras.

¹⁹² Ley 26734 (Art. 17° Ley de Creación de OSINERG).

administren en el marco de lo dispuesto por las normas presupuestales emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, normativa que como se conoce no auspicia la agilidad en el uso de los recursos.

Por último, es relevante dejar constancia que los aportes de las empresas concesionarias o autorizadas¹⁹³, y de la empresa PERUPETRO S.A. tienen el carácter de intangibilidad¹⁹⁴, lo cual como veremos más adelante no se viene cumpliendo en el marco de una diáfana interpretación de que no se pueden o deben tocar estos dineros para otros propósitos que no sean los de la regulación, supervisión y fiscalización de las empresas concesionarias o autorizadas. Este traslado de recursos a otros fines distintos, también es una manera de relativizar la autonomía del ente regulador.

4.3 El Mecanismo y las Normas para fiscalizar y supervisar las concesiones de los servicios públicos. (Caso OSINERGMIN)

La Fiscalización debe orientar su esfuerzo en lograr niveles de calidad y regularidad óptimos de los servicios sujetos a este control. Su principal tarea no debe propender a la determinación de una sanción, su primer efecto debe ser disuasivo y de convencimiento de que existen reglas de juego favorables para estimular beneficios compartidos. Es un esfuerzo de ganar / ganar, donde todos los actores sientan que sus pretensiones son consideradas y protegidas, y que las mismas no deben afectar las pretensiones de otros actores. Es consecuente también, aceptar que la supervisión es la observación, comprobación y registro regular del cumplimiento de la normativa establecida para que las actividades que se llevan a cabo a cargo de las empresas concesionarias o autorizadas, estén dentro de los estándares pre establecidos. Este proceso rutinario de levantamiento y análisis de información sobre todos los aspectos del servicio facilita comprobar cómo progresan las actividades en relación a su objetivo; debe ser sistemático, pertinente y consistente. El informe técnico que evacúa un proceso de supervisión se tiene que utilizar en la toma de decisiones para la mejora del funcionamiento del servicio público, deviene en insumo sustantivo.

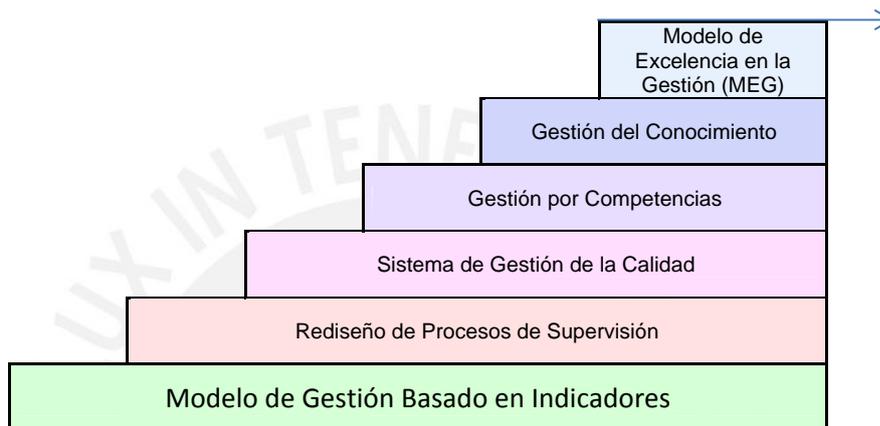
De esta manera, el ente regulador inició a mediados del 2003 el proceso de implementación de un modelo de gestión institucional basado en indicadores, los cuales

¹⁹³ Art. 10º de la Ley 27332 (Ley Marco), Aporte por regulación.- Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

¹⁹⁴ Art. 71º del D.S. Nº 054-2001-PCM, Reglamento de OSINERGMIN.

fueron definidos sobre la base de políticas planteadas por la Alta Dirección. “Antes del 2003, si bien se contaba con un plan estratégico, el diseño de los procesos y servicios desarrollados por OSINERGMIN no necesariamente estaban alineados para satisfacer las necesidades de los diferentes grupos de interés, sobre todo de los usuarios de los servicios públicos que OSINERGMIN supervisaba y regulaba”¹⁹⁵. Lo alcanzado es resultado de un proceso evolutivo conforme lo detalla el gráfico N° 5.

Gráfico N° 5
Evolución de la Gestión de OSINERGMIN



Fuente.- Libro Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN, 2010 p. 27. Ubicado en la pág. web institucional.

“OSINERGMIN adoptó institucionalmente un Modelo de Excelencia en la Gestión en el año 2008, que toma en consideración 7 criterios que permiten el control y mejora de los procesos con un claro enfoque a resultados susceptibles de ser medidos (Gráfico N° 6). El modelo de gestión adoptado es el llamado Malcolm Baldrige, que tiene un sesgo hacia las empresas de índole comercial; no obstante, el desarrollo de la gestión ya avanzado por OSINERGMIN y la previa adecuación de cada uno de los criterios a la gestión pública, permitió la aplicación del mismo”¹⁹⁶, con resultados muy auspiciosos.

Gráfico N° 6
Criterios del Modelo de Excelencia en la Gestión

¹⁹⁵ Libro Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN, 2010 p. 27. ubicado en la pág. web institucional.

¹⁹⁶ Ibidem, pp. 27-28.



Fuente.- Libro Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN, 2010 p. 28. Ubicado en la pág. web institucional.

Igualmente, para el desarrollo de sus actividades de Supervisión y Fiscalización, se han estructurado Normas y Procedimientos de Supervisión por cada actividad; y para la labor de campo el ente regulador contrata Empresas Supervisoras¹⁹⁷ naturales o jurídicas que previa y debidamente han sido calificadas y clasificadas. Este conjunto de normas y procedimientos se diseñan y rediseñan según diversas condiciones como las legales, tecnológicas y del mercado, cambios que se practican como resultado de una retroalimentación permanente que considera la percepción que tienen los grupos de interés del desenvolvimiento del ente regulador.

Estos procedimientos facilitaron el desarrollo de un sistema de sanciones que evitan la discrecionalidad y subjetividad del regulador, fomentando la transparencia en la imposición de sanciones.

Cabe agregar que un marco regulatorio, fiscalizador y supervisor consistente y bien entendido, se soporta en una estabilidad reglamentaria, lo cual es un atributo clave que los participantes del proceso valoran en gran medida y que es parte del interés de los stakeholders. Esta estabilidad reglamentaria tiene dos componentes principales:

¹⁹⁷ El artículo 4º de la Ley N° 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, establece que las funciones de supervisión, supervisión específica y fiscalización atribuidas al OSINERGMIN podrán ser ejercidas a través de empresas supervisoras, indicando que mediante Resolución del Consejo Directivo se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas; en tal sentido la Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS-CD, OSINERGMIN aprobó el “Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras”, con la finalidad de mejorar la eficacia y eficiencia en el ejercicio de la función supervisora, a través de la incorporación de disposiciones que perfeccionen el marco reglamentario y garanticen la transparencia y predictibilidad de su actuación frente a los administrados, y con la Resolución de Consejo Directivo N° 228-2011-OS/CD, se introdujo algunos cambios a dicho reglamento, relacionados a la nueva responsabilidad del sector minería.

a) Estabilidad del proceso: esto significa que los participantes de un proceso saben de antemano cómo funciona el proceso, cuánto tiempo toma y cuándo se está considerando aplicar un cambio en el proceso antes de su implementación.

b) Estabilidad del contenido: la cual se crea por la legislación, los reglamentos, los principios afirmados por el ente regulador, y las decisiones y motivos que una entidad reguladora ha tomado durante varios años.

En consecuencia, la labor desplegada establece condiciones de credibilidad y de sostenibilidad en un horizonte de mediano y largo plazo, auspicia y promueve la eficiencia en los sectores comprendidos en el ámbito de intervención y reduce el riesgo país elevando el grado de competitividad, todo lo cual se impulsa a través de la acción de las Gerencias de Línea¹⁹⁸, encargadas de la regulación, supervisión y fiscalización.

¹⁹⁸ **La Gerencia Adjunta De Regulación Tarifaria Ejecuta Los Sigüientes Procedimientos Regulatorios**

Electricidad: (Tarifas en Barra, Procedimiento para fijación de Peajes y Compensaciones para SST y SCT, Tarifas y Compensaciones para los Sistemas Secundarios de Transmisión, Valor Agregado de Distribución (VAD), Costos de Conexión a la Red de Distribución Eléctrica, Importes Máximos de Corte y Reconexión de la Conexión Eléctrica, Tarifas del Servicio Eléctrico Prepago, Tarifa Eléctrica Rural, Tarifa Eléctrica Rural para Sistemas Fotovoltaicos, Compensación por Uso de Sistemas de Distribución Eléctrica).

Gas Natural: (Determinación de Costos Unitarios de inversión adicionales de la Concesión de Distribución de Lima y Callao, Fijación de Tarifas de la Red Principal de Camisea, Fijación de Tarifas de Distribución de Gas Natural, Tarifa del Sistema de Transporte del Gasoducto Andino del Sur, Procedimiento de Fijación de los cargos de Corte y Reconexión de la concesión de distribución de gas natural de Ica, Procedimiento para la Fijación de los Costos Extras de Distribución de Gas Natural en la Concesión de Lima y Callao – 2007, Ajuste de Componentes de Tarifa de Distribución Gas Natural en Lima y Callao, Importes Máximos de Corte y Reconexión de Gas Natural, Topes Máximos de Acometidas y los Cargos para su Mantenimiento, Proceso de Fijación de Tarifas Máximas del Servicio de Distribución de Gas Natural en el distrito de Pariñas – Gastalsa 2006)

Actividades Relacionadas: (Generación y Transmisión Eléctrica, Distribución Eléctrica, Gas Natural, Soporte Técnico)

Hidrocarburos: (Precios de Referencia de Combustibles Líquidos, Banda de Precios de Combustibles Líquidos).

La Gerencia de Fiscalización Eléctrica ha diseñado 21 (17 cuentan con certificación ISO 9001:2008) Procedimientos de Supervisión que viene aplicando en las actividades relacionadas a la Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización de la energía eléctrica, así como en la protección del medio ambiente. Los procedimientos contribuyen a que el servicio eléctrico se brinde dentro de los niveles de calidad y se garantice la seguridad a la ciudadanía en general. Para la aplicación de procedimientos se utilizan técnicas modernas con indicadores de desempeño y el establecimiento de sanciones disuasivas, que buscan optimizar el funcionamiento del sistema, así como proteger a los consumidores sin afectar la competitividad de las empresas del sector eléctrico.

La Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos realiza cuatro tipos de supervisión:

Supervisión Pre operativa: Es aquella que se realiza para que las empresas con contratos de explotación obtengan un Informe Técnico Favorable de instalación, modificación o ampliación de baterías, patios de tanques, estaciones de bombeo y estaciones de compresión. Para lo cual se han establecido los procedimientos 17 A (Informe Técnico Favorable de Instalación) y 17 B (Informe Técnico Favorable de Modificación y/o Ampliación) del TUPA de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2006-PCM. Comprende la revisión de los proyectos antes de que sean instalados a fin de cumplan con la normativa vigente.

Supervisión Operativa: Es aquella que se realiza a instalaciones o unidades que se encuentran autorizadas a operar para determinar si cumplen con la normatividad vigente para la actividad de exploración y explotación hidrocarburos.

Supervisamos el cumplimiento de la normativa vigente en aspectos técnicos y de seguridad en las siguientes actividades: Sísmica, Perforación. (Exploratoria y de Desarrollo), Completación, Producción.

Supervisión de Plan de Abandono (Total o Parcial) y/o de Plan de Cese (Temporal o Definitivo) de Actividades: Es la supervisión que se realiza a un área o instalación por el cese temporal o definitivo de

CAPÍTULO V: DECISIONES DEL ESTADO RELACIONADAS A LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS PRESUPUESTALES Y FINANCIEROS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN PERIODO 2010-2012¹⁹⁹

Hasta este punto, los capítulos precedentes nos han descrito el proceso cómo los servicios públicos para que su prestación se brinde en condiciones y estándares de calidad y precio, han pasado desde un monopolio estatal a un monopolio legal, al cual acude el organismo regulador en búsqueda del equilibrio entre sus stakeholders. A Osinergmin, como a otros reguladores, la política les resulta una relación de dependencia y des configuración en su diseño institucional; la autonomía otorgada, de diversas formas es vulnerada, debilitada o desconocida. En tal sentido, antes de analizar el impacto sobre el regulador, tengamos en cuenta que el presente trabajo busca aportar elementos para demostrar que si bien por un lado se ha ido dotando a OSINERGMIN de facultades y funciones adicionales que han ampliado su visión y misión institucional, por otro lado, no se ha llegado a gozar de la autonomía que legalmente se le ha conferido, para lo cual recordemos lo mencionado por Ariño Ortiz (1994)²⁰⁰ cuando sostiene que: “Los

actividades, a fin de asegurar el cumplimiento del Plan de Abandono y normativa vigente. Las empresas supervisadas antes de la finalización o cese de actividades deben obtener la aprobación del Plan de Abandono en la DGAAE – MINEM, para luego solicitar la fiscalización del mencionado plan por Osinergmin según lo establecido en el procedimiento TUPA N ro 1.

Supervisamos el cumplimiento del Plan de Abandono de las Empresas de Exploración y Explotación.

Supervisión Especial: Es aquella que se realiza para comprobar el cumplimiento de la normativa legal vigente en la actividad de exploración y explotación ante una emergencia producida, incluye la supervisión de accidentes, incendios, derrames. Dentro de sus funciones, la UEEL apoya a la Unidad de Medio Ambiente (UMAL), viendo aspectos ambientales tales como remediación de impactos, monitoreos, disposición de residuos entre otros.

La Gerencia de Fiscalización Minera ejerce la supervisión en los siguientes temas: a) ventilación; b) geo mecánica; c) transporte, maquinarias, e instalaciones auxiliares; d) plantas de beneficio, fundiciones, refinerías, depósitos de concentrado de mineral y plantas de relleno hidráulico; y, e) depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósitos de desmontes y tajo abierto.

La supervisión a cargo del OSINERGMIN no incluye verificar el cumplimiento de normas y disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo vinculadas con obligaciones o derechos laborales, dicha supervisión corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En cuanto a la supervisión ambiental de la actividad minera, OSINERGMIN ejerció dicha supervisión hasta el 21 de julio de 2010, siendo que a partir del 22 de julio de 2010, operó la transferencia de funciones en favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) entidad que resulta competente para la supervisión ambiental de la actividad minera. Finalmente, no se encuentra dentro de los alcances de la supervisión de OSINERGMIN las actividades mineras de pequeños productores mineros, minería artesanal y minería ilegal.

La Gerencia de Fiscalización de Gas Natural se encarga de: Supervisar el cumplimiento normativo de los aspectos técnicos y de seguridad y aquéllas derivadas de los contratos de concesión a las empresas que realizan las siguientes actividades en la cadena de valor del Gas Natural: (Exploración y Explotación, Contratos BOOT, Procesamiento, Aportes por Regulación, Transporte por Ductos, Distribución), Imponer sanciones por el incumplimiento normativo de los aspectos técnicos y de seguridad y aquéllas derivadas de los contratos de concesión a las empresas que realizan las actividades anteriormente indicadas.

¹⁹⁹ Este punto se ha desarrollado tomando como fuentes principales los documentos que la institución ha publicado en su página web. (Plan Estratégico 2010-2014, Planes Operativos Anuales, Memorias Institucionales, y otras publicaciones).

²⁰⁰ Ariño Ortiz, Gaspar, Óp. Cit. pp.63 y ss., donde el autor concibe dos aspectos básicos como dos grandes ventajas calificadas que responden a su especialización e independencia, que solo se conciben si están separadas de la política y entregadas a administraciones profesionalizadas y expertas.

organismos reguladores generalmente reconocidos dentro de las denominadas administraciones independientes, corresponden a un esquema de descentralización funcional que tienen como objetivo la tan ansiada eficiencia de la administración, en la medida que, dotados de especialización técnica, independencia y neutralidad, permiten realizar en forma continua y prolongada un seguimiento del mercado, y proveer medidas que garanticen su ordenación y equilibrio con la protección de los intereses generales inmersos en su desarrollo”.

Coincidimos con el citado autor, y sobre ese postulado analizamos las herramientas de gestión de OSINERGMIN para demostrar el impacto en la gestión de la vulneración de su autonomía.

5.1 Plan Estratégico 2010-2014, PLOP 2010-2012, Presupuesto 2010-2012²⁰¹

Esta dinámica herramienta de gestión aprobada en mayo de 2009 define los criterios y estrategias a desarrollar como ente responsable de la regulación y supervisión de los sectores de energía y de minas, busca facilitar una visión de conjunto; detectar las fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas; evaluar factores críticos y plantear objetivos; armonizar esfuerzos, propender al orden y unificar criterios; armonizar la sinergia en una misma dirección, alcanzar eficiencia en el manejo de recursos y crear bases de control; y, establecer la plataforma para la elaboración de los planes operativos y desarrollar las estrategias de ejecución.

Análisis General

De la matriz FODA inserta en este documento, por estar relacionado directamente con la hipótesis principal del presente trabajo, se ha analizado los siguientes aspectos:

FORTALEZAS:

- **Disponibilidad de recursos financieros para la ejecución de planes y programas.**

Este enunciado nos permitiría afirmar que los recursos financieros tienen algún grado de liquidez, sea en dinero en efectivo, capacidad de crédito o depósitos en entidades financieras, y que el regulador dispone (puede disponer) de ellos libremente. No obstante, las instituciones públicas no disponen libremente de los recursos financieros como lo haría una empresa pública bajo el ámbito de FONAFE²⁰²; los reguladores dependen del

²⁰¹ Se ha determinado ese lapso que cubre la salida del segundo gobierno de Alan García que comprende Julio 2006 a Julio 2011, y el inicio del gobierno de Ollanta Humala que se instaló en Julio 2011.

²⁰² El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE es una empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas creada por la Ley No. 27170, está encargada de

Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a través de la Dirección Nacional de Presupuesto Público, es decir, de sus autorizaciones o desautorizaciones. La fortaleza lo que pretende expresar es que luego de la aprobación de su presupuesto por parte del Ministerio de Energía y Minas y refrendado luego por el MEF, se ejecuta conforme lo preestablecido. No es propiamente una fortaleza, es una situación de dependencia que limita la libre disponibilidad de sus recursos. Lo que sucede al interior del regulador, es que los encargados del flujo de fondos planifican la administración de estos recursos y evitan problemas por su probable falta, para afrontar con cierto grado de oportunidad las actividades operativas y ulterior pago de obligaciones; sin embargo, en la práctica como analizaremos más adelante el poder ejecutivo ha creado situaciones de quiebre en el flujo de atención de sus compromisos, desvirtuando la considerada fortaleza.

En tal sentido Tassano (2011)²⁰³ manifiesta que *“en cuanto al aspecto económico – financiero, los Organismos Reguladores recibían por ley un tratamiento especial al ser consideradas como empresas públicas para efectos de los sistemas que les correspondía aplicar. La condición de entidad de tratamiento empresarial (ETE), no eximía a los reguladores del Sistema Nacional de Control, pero le permitía el ejercicio casi pleno de la autonomía administrativa y financiera, establecida por Ley”*, lo que evidencia que su autonomía económica financiera ha sido afectada al darle el mismo tratamiento de entidad pública cuyos presupuestos se solventan con recursos del tesoro nacional.

- **Equipo directivo estable le da continuidad a la gestión.**

Los acuerdos adoptados por la más alta autoridad deben ser el resultado de las deliberaciones necesarias entre los representantes multisectoriales que tienen representación; a diferencia de los otros reguladores el Consejo Directivo de OSINERGMIN debe estar constituido por 6 miembros conforme lo establece la normativa al respecto²⁰⁴. Sin embargo, durante los años 2010-2012 el Consejo Directivo ha

normar y dirigir la actividad empresarial del Estado. Al momento de su creación, FONAFE asumió las funciones de la desaparecida Oficina de Instituciones y Organismos del Estado –OIOE. Cuenta con un Directorio que está compuesto por cinco Ministros de Estado, quienes tienen entre sus facultades principales, las siguientes:

- Ejercer la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas (creadas o por crearse) en las que participa el Estado y administrar los recursos provenientes de dicha titularidad.
- Aprobar el presupuesto consolidado de las empresas en las que FONAFE tiene participación mayoritaria, en el marco de las normas presupuestales correspondientes.
- Aprobar las normas de gestión en dichas empresas.
- Designar a los representantes ante la Junta General de Accionistas de las empresas en las que tiene participación mayoritaria.

Bajo el ámbito de FONAFE se encuentran únicamente las empresas que cuentan con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentren activas o en proceso de liquidación. Asimismo, se encuentran bajo su ámbito las empresas que le han sido entregadas por encargo.

²⁰³ Tassano Velaochaga, Hebert, “La Vulneración de la Autonomía de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Perú”, p. 11 Exposición en el VI Congreso IBEROAMERICANO Sobre Regulación, Gestión y Control de los Servicios Públicos – ASIER Mendoza – Argentina 23, 24 y 25 de noviembre 2011

²⁰⁴ La Ley Marco en su Artículo 6.- Del Consejo Directivo, establece:

sesionado con un número inferior de miembros; es más, se dictó un dispositivo²⁰⁵ que permitía que dos miembros hábiles aprueben Acuerdos de Directorio. Entonces, la estabilidad del equipo directivo no solo podemos verla como la continuidad de los miembros en ejercicio y que no hayan sido removidos por faltas previstas en la norma solamente, sino mejor, por la composición integral de los miembros para darle mayor consistencia a las decisiones y acuerdos del más alto nivel de la organización.

- **Política remunerativa más atractiva que la de otras organizaciones del Estado.**

La política remunerativa de los reguladores se estableció en sus normas de creación, nos referimos varios años atrás entre 12 y 13 años. La misma no ha variado, incluso los niveles remunerativos se mantienen tal cual, sin siquiera haberse hecho los ajustes conforme la tasa inflacionaria, los índices de precios al consumidor o a otro parámetro. Es cierto que si la comparamos con otras OPDs, con los ministerios, o algún programa o proyecto de gobierno, se tenga alguna diferencia a favor de los organismos reguladores, pero ello no es una fortaleza, todo lo contrario el simple hecho de tener congelados los sueldos por tantos años, ha motivado una movilización de profesionales altamente calificados hacia el sector privado. Por otro lado en un gesto poco técnico y bastante demagógico la política de gobierno²⁰⁶ puso topes remunerativos nada competitivos que de alguna manera fomenta la huida de cuadros profesionales a otros ámbitos.

OPORTUNIDADES:

- **Niveles crecientes de exigencia del público por mayores estándares de calidad y seguridad estimulan la mejora progresiva de los servicios proporcionados por los agentes.**

Si analizamos desde la perspectiva de la participación de una exigencia organizada, es una oportunidad cuya retroalimentación se basa en un criterio participativo, que impulsa la mejora de la labor de supervisión y fiscalización de los servicios en pro de elevar los

6.1 El Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de cada Organismo Regulador. Estará integrado por cinco (5) miembros designados mediante resolución suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el ministro del sector al que pertenece la actividad económica regulada. **Por excepción**, el Consejo Directivo del OSINERGMIN tendrá seis (6) miembros. (Párrafo modificado por el artículo 3 de la LEY N° 28964 publicada el 24/01/2007, cuyo texto rige actualmente).

²⁰⁵ El DS 046-2012-PCM modificó el Reglamento de OSINERGMIN, permitiendo que las sesiones de Consejo se puedan llevar a cabo hasta con tres miembros hábiles.

“Artículo 56.- Quórum.- Las sesiones del Consejo Directivo se instalan válidamente con la mitad más uno de los miembros hábiles. Si el número de miembros hábiles es impar, la sesión debe instalarse con la asistencia de miembros que represente el número entero inmediato superior al de la mitad de aquél. La adopción de acuerdos requiere el voto conforme de la mayoría simple de los miembros asistentes a la sesión. Será necesaria la presencia del Presidente o del Vicepresidente para sesionar válidamente”.

²⁰⁶ El artículo 2 del Decreto de Urgencia 038-2006, y otros, establecen que ningún funcionario público puede ganar más de seis Unidades de Ingreso del Sector Público (S/. 15,600 al mes).

estándares de calidad y seguridad. Implica desarrollar sistemáticamente actividades para que las concesionarias prevengan accidentes, mejoren la salud ocupacional, y creen un ambiente de seguridad, esto se relaciona y coadyuva a mejores estándares de calidad; al respecto el regulador ha logrado la certificación ISO 14001: 2004 (Gestión del Medio Ambiente) y OHSAS 18001:2007 (Gestión de la Seguridad y Salud Ocupacional), asumiendo que se genera un efecto de réplica en las empresas concesionarias de su ámbito.

- **Necesidad de herramientas tecnológicas avanzadas para la supervisión y fiscalización.**

Más que una oportunidad es como se define, una necesidad. Se fundamenta en el hecho de que la tecnología evoluciona y las empresas concesionarias de servicios públicos deben adoptar estas nuevas tendencias, para que la labor fiscalizadora no se rezague; debiera incluso estar a la vanguardia tecnológica. OSINERGMIN está desarrollando algunos pilotos en sus Gerencias de Línea, por ejemplo, la Gerencia de Fiscalización Eléctrica ha propuesto el empleo del satélite que los conducirá a una supervisión virtual utilizando avanzada Tecnología de Información. En este propósito juega un peso crucial en la balanza, los platillos de tecnología y de presupuesto, por cuanto el MEF establece topes a los Proyectos de Presupuesto de la administración pública, ello no favorece las inversiones necesarias en proyectos que impliquen obtener del mercado productos o servicios que por su naturaleza sean costosos comparativamente a los modos y sistemas de trabajo convencionales, cuya tecnología de información deviene en obsoleta.

- **Dada la regionalización es posible realizar trabajos conjuntos con los gobiernos regionales²⁰⁷ y las municipalidades.**

OSINERGMIN opera con 23 Oficinas Regionales. Establece que al formar parte de la Organización del Estado, a diferencia de una empresa privada, requiere alinear tres elementos estratégicos²⁰⁸: a) Debe generar valor para los regulados, los clientes y los beneficiarios en general, b) Debe ser legítimo y políticamente sostenible, es decir, debe ser capaz de contar permanentemente tanto con autoridad como con el presupuesto necesario; y, c) Debe ser operativo y administrativamente viable. Este último literal

²⁰⁷ Sin embargo, es pertinente compartir la nota de Urrunaga, Roberto, y Bonifaz, José en su obra Regulación y concesiones de servicios públicos, CIES Consorcio de investigación económica y social, y la Universidad del Pacífico, 2006, p. 12, donde sostienen que: “Según los reguladores, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales asigna de manera poco clara a dichos gobiernos competencias en materia de servicios públicos e infraestructura, por lo que existen potenciales conflictos de competencia. La Ley Marco de los Organismos Reguladores establece claramente que las funciones de éstos tienen alcance nacional, sin perjuicio de que sean ejercidas en forma desconcentrada. El riesgo, por lo tanto, es que se creen reguladores descentralizados en cada región, lo que distorsionaría la regulación y generaría mayor inestabilidad en las reglas de juego para la inversión”.

²⁰⁸ Plan de Descentralización de Osinergmin (Setiembre del 2011), p.15 web institucional.

sostiene la viabilidad de que las actividades descentralizadas puedan llevarse a cabo con la organización existente y con el apoyo de otras dependencias que puedan ser incorporadas mediante alianzas estratégicas, para contribuir con el logro del objetivo. En relación a ello en marzo del 2013, se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre Osinergmin, la PCM y la Asociación de Municipalidades del Perú (AMPE) para promover la instalación de centros de atención al ciudadano en zonas alejadas del país, para que presenten sus denuncias y atienda sus consultas sobre el servicio eléctrico y los combustibles. Cabe resaltar que esta experiencia no es reciente, pues estos centros de atención denominados Agentes, Osinergmin los viene instalando desde el año 2010 y en la actualidad existen 85 en todo el país gracias a la firma de convenios individuales entre el regulador y diversos municipios provinciales y distritales.

DEBILIDADES:

- **Incapacidad de competir con el sector privado en temas remunerativos.**

Congruente con lo expresado líneas arriba, no se está en capacidad de mejorar y menos de competir con las remuneraciones que las empresas concesionarias de los servicios públicos sujetas a fiscalización de parte de los entes reguladores, pagan a sus cuadros profesionales; prefiero calificarlo como una desventaja, porque el débil se puede hacer fuerte con entrenamiento y una mejor alimentación. Es una desventaja para la entidad contratante y un desafío económico para el servidor porque la remuneración otorga status y poder, prestigia y reconoce la valía intelectual y profesional. Ahuyenta la tentación del soborno o la colusión, fortalece la idoneidad y eleva la moral²⁰⁹.

- **Falta de coordinación entre los órganos de línea y las áreas de apoyo.**

Es una debilidad notoria donde juega la necesidad de mejorar los canales de comunicación horizontal y vertical, y la implementación de programas que compenetren a la línea con la labor de apoyo y asesoramiento. Es conocido que las organizaciones presenten esta sintomatología cuando los perfiles de los puestos y las funciones no consideran la importancia de las áreas de apoyo y asesoramiento como soportes básicos del quehacer organizacional. Si bien son labores que no se vinculan directamente con la misión orgánica, si juegan preponderancia con la visión institucional, porque ir en esa dirección es una labor de conjunto de toda la Institución. Las Gerencias de Línea no

²⁰⁹ En la fecha se viene discutiendo los efectos de la Ley N° 30057 Ley del Servicio Civil, la cual integra en un solo Sistema de Personal a los trabajadores de la Administración Pública, donde están incluidos los servidores de los Organismos Reguladores, y excluidos los del Congreso de la República, de la Contraloría General de la República, de la SBS y AFP, del BCRP, de la SUNAT, y de otras dependencias de tratamiento "dorado". A mi juicio la inclusión en la Ley de los Reguladores denota la poca importancia que el Gobierno le otorga a la labor de estas entidades, al tratarlas como una de las tantas más, desconociendo su alta especialidad e impacto en el crecimiento, desarrollo y bienestar de la población.

podrían operar sin una oportuna cadena de suministros, sin programas de capacitación ad hoc, sin un planeamiento organizacional, o sin un buen soporte legal, entre otras actividades de apoyo y asesoramiento básicas para ejecutar los planes y programas.

- **Baja difusión del quehacer y los resultados de Osinergmin que resultan en el débil posicionamiento frente a los usuarios.**

Cuando se trata de un producto o servicio de consumo masivo, no solo hablaremos de posicionamiento sino del grado de fidelización de nuestros clientes. El caso del regulador es particular, si bien podemos aplicar ciertas métricas para conocer la percepción que de él tiene la colectividad, tenemos que primeramente aceptar que su labor hasta la fecha ha sido producto de toda una evolución y maduración. Que su intervención en el mercado es para corregir las fallas, para simular competencia, y desde luego para asegurar un servicio con calidad y seguridad bajo ciertos estándares. Los usuarios de los servicios de electricidad e hidrocarburos lidian en primer lugar con los proveedores de estos bienes o servicios, y luego, ante el abuso o atropello buscan donde acudir, puede ser un tema de competencia, o de calidad, por citar solo dos ejemplos. Sabemos que la norma que ha creado a OSINERGMIN ha indicado su relación con el INDECOPI, ambos forman parte del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, y es necesario fortalecer esa relación para de manera conjunta mejorar el posicionamiento frente a los usuarios.

- **Falta de coordinación y de desarrollo de sinergias entre las áreas de supervisión y regulación.**

La regulación está a cargo de la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria (GART), creada al absorber OSINERG a la antigua Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE)²¹⁰. Al promulgarse la ley de creación de OSINERG, también se creó el Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por la CTE, el INDECOPI y Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. OSINERG nace en estricto, como un ente Fiscalizador de la Inversión Privada en Energía, originalmente no tenía función regulatoria. Esta tarea se reafirmó incluso para que siga efectuándose a través de la CTE²¹¹ al crearse OSINERG.

²¹⁰ Esta Comisión fue creada el 28 de mayo de 1982, mediante la Ley N° 23406.- **Ley General de Electricidad**, que en su **Artículo 19°**.- Créase la Comisión de Tarifas Eléctricas, como organismo autónomo, técnico y descentralizado del sector Energía y Minas, con la finalidad de regular las tarifas de energía eléctrica y sus mecanismos de compensación. Por otro lado, la Ley N° 27116 Crea la Comisión de Tarifas de Energía. Modificó la denominación de la Comisión de Tarifas Eléctricas por Comisión de Tarifas de Energía. *El artículo 2° de la Ley N° 27116 dispone lo siguiente: " Artículo 2°.- De la mención a la Comisión de Tarifas Eléctricas A partir de la dación de la presente Ley, toda mención que se haga a la Comisión de Tarifas Eléctricas, en el Decreto Ley N° 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas- y sus normas regulatorias, modificatorias y demás normas relacionadas, deberá entenderse hecha a la Comisión de Tarifas de Energía."*

²¹¹ **La Ley de creación de OSINERG (26734) reafirmó la responsabilidad funcional de la CTE en su Disposición Complementaria DECIMO TERCERA.**- La Comisión de Tarifas Eléctricas, es responsable, como integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, de fijar las tarifas de energía eléctrica de acuerdo a los criterios establecidos por el Decreto Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas y sus

Es recién el año 2001 que OSINERG absorbe a la CTE y asume funciones regulatorias²¹².

La GART es una Gerencia Adjunta a la Gerencia General, con Gerencias de igual jerarquía que las Gerencias de Línea de OSINERGMIN. Su ubicación en el organigrama institucional no es casual, es resultado de la absorción institucional con características singulares en relación a las otras Gerencias de Línea. Es evidente que sus integrantes no se sienten bajo el dominio de la sede central. Su ubicación física es en otra sede y su funcionamiento es casi como el de un ente desconcentrado. Estas diferencias, contribuyen al distanciamiento expuesto como una debilidad. Poco se ha visto en la Alta Dirección del OSINERGMIN en los últimos años por cambiar esta situación.

- **Dificultades en la ejecución del Plan Anual de Contrataciones y Adquisiciones ante la rigidez de las normas de contrataciones.**

Esta debilidad será expuesta con mayor amplitud en el numeral 5.5., no obstante es prudente mencionar que es una traba que puede calificarse de Debilidad y de Amenaza, porque estamos frente a un mercado de servicios donde ciertas opciones de contratar son altamente especializadas y escasas, y con las limitaciones de la norma de contrataciones del Estado, ello se hace más dificultoso.

AMENAZAS:

- **Promulgación y propuesta de normas legales que afectan la autonomía funcional y económica de OSINERGMIN.**

La tentación del poder político es una amenaza a la autonomía de la entidad, no solo en el aspecto funcional, sino en lo administrativo, económico y presupuestal. Respecto a la promulgación de normas, las hay mediante los Decretos de Urgencia que cual se tratase de recursos del tesoro público, han dispuesto el traslado de dineros a entidades ajenas a la misión de OSINERGMIN; este aspecto se detallará en el numeral 5.3.

- **Injerencia política que dificulta el desempeño de OSINERGMIN.**

Nos lo recuerda Danos (2010)²¹³ que *“La historia del Perú hasta la etapa anterior al inicio del proceso de reforma del rol del Estado en la economía de la década de los*

normas complementarias y reglamentarias. La Comisión de Tarifas Eléctricas se rige por sus normas de creación y sus normas reglamentarias.

²¹² La Tercera Disposición transitoria del DS N° 054-2001-PCM dispone la Absorción de la CTE a OSINERG. "Tercera.- Fusión por Absorción de la CTE. De conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la LEY, intégrese la Comisión de Tarifas de Energía - CTE, a OSINERG. Los recursos, patrimonio, personal y acervo documentario de la Comisión de Tarifas de Energía (CTE) serán integrados a OSINERG; dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la entrada en vigencia del presente Reglamento."

²¹³ Danos Ordoñez, Jorge, Óp. cit. 2010. p. 185.

noventa del siglo pasado, demuestra fácilmente la necesidad de desligar de las instancias de decisión esencialmente políticas temas trascendentales como la fijación del importe de las tarifas, la determinación de las condiciones de acceso al mercado (de ser el caso) y de los niveles de calidad de las prestaciones, porque se trata de materias especialmente sensibles para la supervivencia de las empresas, en las que es muy grande el riesgo de que las instancias de Gobierno puedan manipular dichos factores en beneficio de propuestas populistas que generen réditos políticos (electorales) de corto plazo, perjudicando la estabilidad de las empresas operadoras y, por ende, la continuidad y la calidad de los servicios"; sin embargo, la injerencia política que dificulta el desempeño de OSINERGMIN²¹⁴, no solo deviene en evidente sino en contraproducente. Esta amenaza es bastante seria, pero no es exclusiva del regulador, es la postura del poder político y del accionar de los lobbies a través de su clase dirigente, que penetra en todas o casi todas las actividades económicas, donde la regulación también actúa.

La captura del regulador está circunscrita al aspecto tarifario, no obstante, la captura o intromisión política va incluso más allá. La designación de los miembros, o la no designación oportuna de los miembros de los Consejos Directivos, es también una forma de injerencia política. Situación frecuente en los últimos años, que como ya se explicó hay consejos directivos que han sesionado por muchos meses e incluso años sin el

²¹⁴ Nota de Prensa de la Revista Caretas: **Electroshock** Cables tendidos desde la CONFIEP habrían provocado salida del regulador. **Guillermo Thornberry director de OSINERG, repentinamente electrocutado por poderosos intereses.** Apenas cinco días después de que el Organismo Supervisor de Energía (OSINERG) apelara ante el Poder Judicial la Resolución 12-99 de Indecopi que autoriza a Endesa concentrar el 38 % del sistema eléctrico -muy por encima del tope de 15 %- el gobierno cesó en sus funciones al presidente de OSINERG, **Guillermo Thornberry.**

La demanda de OSINERG fue presentada el 23 de junio. El miércoles 28 Thornberry fue convocado al despacho del ministro de Energía y Minas, **Jorge Chamot**, quien solicitó su renuncia. **La medida fija un funesto precedente en la independencia** que se reclama de los organismos reguladores para que cumplan con su labor, bandera electoral que no sólo fue esgrimida por la oposición, sino también por congresistas electos del oficialismo como **Absalón Vásquez** y **Pablo Macera**. En el OSINERG se descarta la participación de **Beatriz Boza** de Indecopi en el desenlace. Más bien se especula que fueron sectores de la CONFIEP - donde **José María Hidalgo**, representante del Grupo Endesa en el Perú, integra el directorio en representación de las empresas de servicios- quienes solicitaron la cabeza de Thornberry al ministro de Economía, **Efraín Goldenberg**, argumentando que la acción judicial es una mala señal para la inversión extranjera. El titular del MEF firmó el cese de Thornberry y tiene la responsabilidad de nombrar al sucesor, porque desde los tiempos de **Jorge Baca** los organismos reguladores dependen de su sector. La drástica medida se tomó la misma semana en que Hidalgo declarara que la voceada privatización de la Central Hidroeléctrica del Mantaro podría recaudar hasta US\$ 2.000 millones. El monto fue acogido con una amplia sonrisa en sectores privatizadores del gobierno, si bien se sabe que a **Martín Villa**, presidente del Grupo Endesa y quien visitará el país en pocas semanas, el alegre anuncio le hizo poca gracia. Sin duda, la acción judicial de OSINERG causó sobresalto en la matriz de Endesa. Y es que en Chile el ente regulador obligó a la transnacional española a vender su filial Transelec antes de autorizar su concentración. En el Perú, en cambio, Indecopi multó con apenas S/. 420.000 el mismo proceso que Endesa condujo en secreto. Resulta evidente que ante la precariedad del gobierno de Fujimori, el gobierno del Canciller **Fernando de Trazegnies** (cuyo estudio representó a Endesa en el proceso en Indecopi) no se puede permitir el lujo de afectar a una de las empresas mimadas por el gobierno de **José María Aznar**. Al parecer la vacante dejada por Thornberry no será cubierta de inmediato porque en la Comisión de Energía del Congreso, presidida por **Juan Carlos Lam**, existe un proyecto para que OSINERG absorba a la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE) el cual está en la puerta del horno. El presidente de la CTE, **Eduardo Zolezzi**, tampoco sería titular del ente regulador pues alista maletas para regresar a las filas del Banco Mundial en Washington. **Tomada del siguiente enlace:** <http://www.caretas.com.pe/2000/1626/secciones/marfon.phtml>

número de miembros que la norma establecía, es decir alguno de los sectores no estuvo representado en su sillón respectivo, pese a que las decisiones de estos colegiados afectan a todos los usuarios y colectividad en general.

La existencia de fallos del mercado constituye un fundamento, en tal sentido esta contundencia no tiene por qué verse afectada por una clase política irresponsable, por cuanto la entidad reguladora no puede apreciarse solo como una institución a la que respecta asegurar servicios con un rendimiento compatible con el interés de los consumidores, el bienestar social, la competitividad y el crecimiento económico. La visión del político debe ir más allá de esta inmovilidad y asumir a OSINERGMIN como agente impulsor de la reestructuración del propio mercado, mediante modelos de funcionamiento más eficientes, eficaces y equitativos, por ende debe mantener una distancia prudente a efectos de que las decisiones que se adopten no inclinen la báscula y por el contrario, estimulen mejores y mayores inversiones.

- **Percepción errónea por parte de la población sobre funciones de OSINERGMIN, que ocasiona expectativas que no se pueden satisfacer.**

Aquello de que queremos el mejor servicio al menor precio, es la condición para que nuestras expectativas nunca estén satisfechas. Todo servicio tiene un costo, toda inversión busca rentabilidad. El esfuerzo del regulador debe buscar cómo la población acepte ambos postulados; las campañas de seguridad y riesgos (eléctrico o de manipulación de hidrocarburos, etc.) deben complementarse con exposiciones donde se explique que un buen servicio, seguro, continuo y confiable requiere asumir ciertos costos. Esta amenaza pasa por una necesaria estrategia de comunicación con la población donde se deje bien sentado cual es el rol del regulador. Es comprensible que la población ante situaciones de presumible abuso o abuso consumado vea en cualquier entidad una posible solución a su demanda, en ello juega todo un esfuerzo pendiente de despliegue la actitud pro activa de las instancias del gobierno en sus tres niveles. Los servicios básicos como la energía, son muy sensibles y muy necesarios, son insustituibles, por tanto su prestación muchas veces se evalúa de una manera elemental. Precisemos, la política energética está a cargo del ente rector, Ministerio de Energía y Minas (MINEM), la entrega de nuevas concesiones en manos de la Agencia de Promoción de la Inversión (PROINVERSIÓN) como concedente, la regulación y supervisión a cargo de OSINERGMIN; y si sobre ello no hay una adecuada difusión de las competencias, es claro y comprensible que la población acuda y exija a aquel organismo más receptivo y conectado con la ciudadanía. El haber extendido su brazo a lugares distantes casi siempre olvidados por el Estado, ha sido una decisión acertada, pero, tiene sus riesgos y este es uno de ellos, una población cuya expectativa no está

plenamente satisfecha.

Planes Operativos 2008-2012 (PLOP)²¹⁵

Analicemos la actividad desplegada durante el periodo 2008-2012²¹⁶ por las gerencias de línea por ser las que tienen a su cargo la regulación y supervisión, y el impacto generado del DU N° 037-2010 que se manifestó en la menor ejecución de metas el año 2010.

El Plan Operativo comprende los Planes, Actividades y Necesidades a ejecutar durante un ejercicio presupuestal por cada unidad orgánica, está orientado al cumplimiento de las metas y objetivos, y alineado en función al Plan Estratégico Institucional, por lo que resulta necesario que presentemos el cuadro N° 17 que muestra el grado de cumplimiento de las metas y el número de acciones de cada una de las gerencias de línea.

Cuadro N° 17
Ejecución en Número de Metas de la Institución 2010-2012

OSINERGMIN \ Año	2008	2009	2010	2011	2012
	PROGRAMADAS	303	322	260	419
EJECUTADAS	269	294	249	394	510
INCONCLUSAS	15	13	6	16	9
NO INICIADAS	19	15	5	9	10

Fuente.- Memorias Institucionales registradas en la Web de OSINERGMIN. Elaboración Propia.
<http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/newTransparencia/343.htm>. Elaboración propia

El número menor de metas programadas y ejecutadas para el año 2010 se debió a la reprogramación de las actividades por ejecutar, como consecuencia de la dación del mencionado dispositivo (DU N° 037-2010) que estableció medidas restrictivas en materia económica y financiera para el cumplimiento de las metas físicas del año fiscal 2010 del Estado peruano, limitando dicha norma el gasto público en bienes y servicios.

Esta medida obligó a reformular el Plan Operativo 2010 reduciendo el número de metas y de sus acciones de supervisión, principalmente en las Gerencias de Línea, Fiscalización Eléctrica y de Fiscalización Minera, conforme lo mostramos en el cuadro N° 18.

Cuadro N° 18
Supervisiones del Año 2010

²¹⁵ Mediante la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 060-2009-OS/PRES se aprueba el Plan Estratégico 2010-2014, el mismo que actualiza en forma integral los lineamientos estratégicos establecidos por el Plan Estratégico 2007 -2011.

²¹⁶ El periodo 2008-2012 se ha determinado porque lo que buscamos es demostrar el impacto de las normas dictaminadas por el poder político y que han repercutido sobre la autonomía de la entidad, lapso que abarca la salida de un periodo gubernamental y el ingreso de otro.

Gerencia	Indicador	Unidad de Medida	PLOP Aprobado	PLOP Reformulado	Diferencia
Fiscalización Eléctrica	Supervisión	Número	15260	15199	-61
Fiscalización Minera	Supervisión	Número	234	120	-114

Fuente.- Información registrada en la Web Institucional en el enlace electrónico siguiente: <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/newTransparencia/343.htm>. Elaboración propia

Presupuesto 2010 - 2012

El organismo regulador por estar inmerso dentro del tratamiento de la administración pública, está sujeto a un marco normativo estatal que le señala las pautas a seguir durante el proceso presupuestario; el cuadro N° 19 ilustra sobre la cantidad y nivel jerárquico de este frondoso conjunto de disposiciones que sumerge en una lentitud y despliegue de información hacia y desde la entidad reguladora, por lo que aquello de la facilidad, prontitud y flexibilidad para su etapa de ejecución fundamentalmente queda desechada, incluso su formulación ya encuentra trabas desde el momento que el Anteproyecto pasa por dos instancias previas antes de hacerse proyecto y luego Presupuesto Inicial de Apertura (PIA).

Cuadro N° 19
Marco Normativo del Proceso Presupuestario del Perú

Leyes de Carácter Permanente	Leyes de Carácter Anual	Directivas
Ley N° 28411 Sistema Nacional de Presupuesto.	Ley de Presupuesto del Sector Público.	Programación y formulación de los presupuestos institucionales del Sector Público
Ley N° 27245 Responsabilidad y Transparencia Fiscal.	Ley de Equilibrio Financiero.	Aprobación, ejecución y control del proceso presupuestario del Sector Público
Ley N° 28563 Sistema Nacional de Endeudamiento	Ley de Endeudamiento del Sector Público.	Formulación de los Planes Estratégicos Sectoriales Multianuales y los Planes Estratégicos Institucionales
Ley N° 27293 Sistema Nacional de Inversión Pública.	Marco Macroeconómico Multianual (Se aprueba por Decreto Supremo).	Cierre y conciliación del presupuesto del sector público
Ley N° 28112 Marco de la Administración Financiera del Sector Público.		Evaluación presupuestaria institucional del sector público
Ley N° 27927 Transparencia y Acceso a la información. (Modifica la Ley N° 27806).		Directivas anuales diversas

Fuente.- Información del MEF registrada en su web institucional. Elaboración propia.

Toda esta frondosa legislación - se argumenta - tiene entre sus objetivos sujetar el uso de los recursos económicos y financieros del sector público al control central y procurar a las entidades que logren sus objetivos y metas contenidas en su Planes Operativos Institucionales (POI).

Resaltamos la importancia del presupuesto y su clasificación ya que al ser un elemento de planificación operativa (anual) y de control expresado en términos económicos financieros, el éxito de su cumplimiento depende de varios factores desde su concepción hasta su formulación definitiva, pero, principalmente a las facilidades, prontitud y

flexibilidad para que se adapte a la dinámica orgánica y funcional de las tareas regulatorias y supervisoras.

Los principales problemas detectados en el proceso presupuestario de la administración pública, régimen al que está sometido el regulador, constituyen una severa restricción al ciclo del presupuesto; en el cuadro N° 20 analizamos sus consecuencias y desarrollamos algunas propuestas cuya implementación devienen en fundamentales para lograr mejores niveles de eficiencia, en la formulación, modificaciones y ejecución del presupuesto.

Cuadro N° 20
Principales Problemas del Proceso Presupuestario²¹⁷

PROBLEMA	CONSECUENCIA	PROPUESTA
En la asignación de recursos no hay congruencia entre los planes nacional y sectorial, falta de fundamentación.	Se arrastran errores de asignación de recursos de años anteriores, fomentando la improductividad e ineficiencia del gasto.	Establecer criterios técnicos y tomar decisiones sobre la base de la planificación.
Discrecionalidad en el Viceministerio de Hacienda para reajustes, créditos suplementarios, etc.	Las entidades no tienen control real sobre las reasignaciones cuando exceden el techo presupuestal.	Otorgar mayor prerrogativa a las entidades que gozan de autonomía económica y presupuestal.
Incertidumbre en los procesos de calendarización, y sobre los montos efectivamente a ser autorizados o desembolsados.	Las entidades ejecutoras tienen sobre saltos de asignación de recursos y les genera sobre costos, moras, penalidades y atrasos en el flujo de pagos.	Contar la respectiva autonomía en el manejo de sus recursos, más si son Recursos Directamente Recaudados o saldos de Balance de ejercicios anteriores.
Proceso presupuestal no asegura el Equilibrio Fiscal.	Incumplimiento de la Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal.	Darle carácter constitucional a la norma para asegurar su cumplimiento y credibilidad; conformar un pacto fiscal que la sustente.
Problemas de coordinación intrasectorial en el MEF	Las autorizaciones de desembolsos y de calendario no son consistentes generando confusión. Relativa correspondencia entre los requerimientos del Plan Operativo con la programación Multianual.	Promover la Planificación Estratégica e introducir mejores sistemas de programación.

Fuente.- Elaboración propia en base a: Mostajo Guardia, Rossana, El Sistema Presupuestario en el Perú, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES – Publicación de las Naciones Unidas a través de la CEPAL –Serie Gestión Pública N° 17, 2002, pp. 6-7.

Ahora bien, por otro lado, además tenemos que considerar que el ciclo presupuestario se divide en cuatro fases: Elaboración-Aprobación-Ejecución-Control, y que conforme a la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Art. 72° Cap. II) el Titular de la Entidad es responsable de: i) Efectuar la gestión presupuestaria, en las fases de programación, formulación, aprobación, ejecución y evaluación, y control del gasto, de conformidad con la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Público y las

²¹⁷ Para la elaboración del cuadro he tomado información del libro: “**El Sistema Presupuestario en el Perú**” págs. 6-7, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – 2002 Publicación de las Naciones Unidas a través de la CEPAL –Serie Gestión Pública N° 17. Autora **Rossana Mostajo Guardia**.

disposiciones que emita la Dirección Nacional del Presupuesto Público, en el marco de los principios de legalidad y presunción de veracidad, así como otras normas; ii) Lograr que los Objetivos y las Metas establecidas en el Plan Operativo Institucional y Presupuesto Institucional se reflejen en las Funciones, Programas, Subprogramas, Actividades y Proyectos a su cargo; y, iii) Concordar el Plan Operativo Institucional (POI) y su Presupuesto Institucional con su Plan Estratégico Institucional. El **Anexo 4** consigna la ruta que se debe de seguir para la fase de ejecución presupuestaria la que es de recorrido burocrático que importa nada de mayor valor en el producto que es la atención al usuario de los servicios públicos.

Durante los años del 2009 al 2012 OSINERGMIN propuso la Asignación Presupuestaria dentro de un escenario conservador de crecimiento sustentándose en los indicadores macroeconómicos publicados por el MEF, lográndose aprobaciones que tomaron como referencia las ejecuciones presupuestales de ejercicios anteriores y conforme a la Directiva de Programación y Formulación de Presupuesto que requiere la conformidad previa del Ente Rector. Este paso de aprobación del presupuesto atenta contra nuestra autonomía dado que el Presupuesto como instrumento de gestión se orienta a supervisar y fiscalizar las actividades que desarrollan los subsectores de energía, hidrocarburos, gas natural y minería, las cuales son dinámicas e incluso algunas imprevisibles como las acciones de supervisión o emergencia por eventos externos, fortuitos o de fuerza mayor, o también por la incorporación de nuevas responsabilidades conferidas por la dinámica normativa y criterio del poder político (Ejm. El FISE). Por otro lado durante el periodo 2010 al 2012 se ha tenido una ejecución presupuestal inferior a la capacidad de gasto, debido a las limitaciones impuestas en la fase de ejecución, que hace que cada ejercicio genere anualmente al término importantes saldos positivos de balance conforme se muestra en los cuadros Nº 21 y 22:

Cuadro Nº 21
Presupuestos en Nuevos Soles

Concepto	2008	2009	2010	2011	2012
PIA	183'410,810	190'000,000	206'860,337	206'860,150	237'757,163
PIM	283'410,810	190'000,000	215'860,337	226'747,974	237'757,163
Diferencia	100'000,000	0.00	9'000,000	19'887,824	0.00

Fuente.- Información registrada en la Web Institucional, elaboración propia

Cuadro Nº 22
Ejecución vs. Marco Presupuestal (Nuevos Soles)

Año	PIM	Devengado	Diferencia No Ejecutada	% de Ejecución
2008	283,410,810	264,382,419.00	19,028,391.00	93.29

2009	190,000,000	169,446,626.58	20,553,373.42	89.18
2010	215,860,337	198,504,591.58	17,355,745.42	91.96
2011	226,747,974	203,587,023.32	23,160,950.68	89.78
2012	237,757,163	209,352,254.94	28,404,908.06	88.05

Fuente.- Memorias Institucionales. Elaboración propia.

Si comparamos el nivel de ejecución presupuestaria de los tres últimos años (2010-2012), del regulador con el promedio de la administración pública, tenemos un mejor nivel de ejecución (Regulador promedio 89.93% vs Estado promedio 77.5%²¹⁸) que sin embargo, la cifra no es indicador de eficiencia per se, porque lo no ejecutado por OSINERGMIN obedece a las limitaciones ya explicadas que no facilitan la incorporación de proyectos que demanden gran inversión y por tanto la elevación sustancial, y a la dación dispositivos del gobierno central que han restringido el gasto principalmente las partidas de bienes y servicios vinculado al exceso de normativa para que la entidad pueda adquirir o contratar en situaciones de mercado no competitivo en contrataciones especializadas. Para lograr superar con eficacia los problemas descritos y otros subyacentes, se requiere por un lado, de los recursos suficientes para solventar proyectos de envergadura, y por otro lado, de una flexibilidad y dinámica adecuada para ejecutar el gasto público. Ambas limitaciones pasan por recuperar el control de nuestros recursos económicos, financieros y presupuestales, a fin de tener una verdadera autonomía económica y no depender de las decisiones y trabas del flujo presupuestario de la administración pública, y seguidamente por otorgarle al regulador un tratamiento empresarial en primera instancia, en tanto se logre una verdadera autonomía a nivel constitucional.

Personal Altamente Profesional y Política Remunerativa

El rigor de la labor regulatoria y supervisora que despliegan estas entidades exige que su personal esté lo suficientemente motivado y capacitado, que la relación puesto persona no manifieste brechas ni en competencias ni aptitudes que afecten el rendimiento, ese es el caso de los cuadros profesionales del regulador cuyo personal está sobre las exigencias y perfiles establecidos. El grupo humano es de elevada especialización, y está en constante perfeccionamiento, tal como lo mostramos en el cuadro N° 23:

Cuadro N° 23
Profesionalización del Personal

Profesionales que emigrado a otras opciones laborales	2008		2009		2010		2011	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Solo Profesionales CAP	94	38.21	89	35.04	84	30.65	78	27.96
Profesionales con Especialización	19	7.72	19	7.48	19	6.93	20	7.17

²¹⁸ Ejecución presupuestal del Gobierno fue 82.5% en 2012 (Fuente Diario Oficial El Peruano del 05.01.2013). El gobierno nacional 2011 reflejó una ejecución de inversiones públicas de 78.1%, y El Estado ejecutó el 71.9% de lo presupuestado para inversiones durante el 2010.

Profesionales con Maestrías	120	48.78	132	51.97	155	56.57	164	58.78
Profesionales con Doctorados	13	5.29	14	5.51	16	5.85	17	6.09
Total Trabajadores	246	100	254	100	274	100	279	100

Fuente.- Datos facilitados por OSINERGMIN, elaboración propia.

No obstante, los reguladores tienen una gran limitación para conservar sus profesionales en sus organizaciones, entre las causas está la política remunerativa que no controlan, el cuadro N° 24 nos muestra el proceso de migración de los últimos tres años:

Cuadro N° 24
Migración de Profesionales

Concepto	2009			2010			2011		
	CAP	Migraron	%	CAP	Migraron	%	CAP	Migraron	%
Profesionales con Especialización	19	2	10.53	19	3	15.79	20	3	15.00
Profesionales con Maestrías	132	1	0.76	155	3	1.93	164	12	7.32
Profesionales con Doctorados	14	0	0	16	0	0	17	1	5.88
Total Trabajadores	165	3	1.82	190	6	3.16	201	16	7.96

Fuente.- Datos facilitados por OSINERGMIN, elaboración propia.

En efecto una de las principales razones es que la política remunerativa está totalmente controlada por el Estado mediante los Decretos Supremos N° 033-2001-EF y N° 147-2001-EF que vienen rigiendo desde julio del 2001 y el Decreto de Urgencia 038-2006 que ha establecido topes de sueldos a los servidores de la administración pública.

Hasta la fecha los ingresos remunerativos en general han acumulado una variación negativa en relación al índice de precios al consumidor, es decir han tenido una reducción del 28.8% de su poder adquisitivo, tomando información oficial del INEI y BCRP, y partiendo de la base que los sueldos están congelados hace más de 12 años, desde el 2002 hasta la fecha.

Incluso, para los dos primeros niveles la reducción de sus remuneraciones fue más traumática, al haberseles bajado sus sueldos 13% y 5.00% adicional a la pérdida acumulada por congelamiento de haberes, conforme se muestra en el cuadro N° 25.

Cuadro N° 25
Remuneración Máxima del Personal 5 Primeros Niveles*

Nivel Jerárquico	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Gerente General	19000	19000	19000	19000	15600	15600	15600	15600	15600	15600	15600

Gerentes y Asesores	16300	16300	16300	16300	15500	15500	15500	15500	15500	15500	15500
Profesional I	12500	12500	12500	12500	12500	12500	12500	12500	12500	12500	12500
Profesional II	9300	9300	9300	9300	9300	9300	9300	9300	9300	9300	9300
Profesional III	7200	7200	7200	7200	7200	7200	7200	7200	7200	7200	7200
Índice de Precios al Consumidor Variación Porcentual (**) Acumulado 28.8%	0.19	2.26	3.66	1.62	2.00	1.78	5.79	2.94	1.53	3.37	3.66

Elaboración propia en base a las siguientes fuentes:

* Fuente.- <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Transparencia/ds147-ef-2001.pdf>.

** Fuente.- <http://www.bcrp.gob.pe/estadisticas/cuadros-anales-historicos.html>.

Cuadro N° 26 Salary Pack del Sector Energía Empresa Privadas

CUADRO GENERAL DE REMUNERACIONES Al 31 de enero del 2013 En Soles Brutos Anuales											
Remuneración Total (Incluye sueldo fijo más bonos efectivamente pagados)											
SECTOR ESPECIALIZADO. Energía											
PUESTO PWC	MERCADO GENERAL										
	Máximo	Promedio Líderes	Percentil 90	25% Superior	Promedio	Mediana	25% Inferior	Mínimo	Tendencia Central	Cantidad Puestos	Proyección
GERENTE DE TRANSMISIÓN	887,302.00	677,804.00	0.00	468,312.00	446,657.00	360,847.00	322,140.00	280,496.00	358,528.00	6.00	458,717.00
SUB GERENTE DE OPERACIONES DE SISTEMAS	226,178.00	0.00	0.00	225,089.00	186,888.00	195,446.00	148,686.00	130,480.00	205,690.00	4.00	191,934.00
JEFE DE CONTROL Y COMUNICACIONES	148,112.00	0.00	0.00	145,106.00	114,823.00	117,550.00	84,540.00	76,080.00	0.00	4.00	117,923.00
JEFE DE TURNO DE OPERACIÓN Y DESPACHO	224,637.00	0.00	0.00	176,935.00	171,091.00	169,703.00	154,865.00	139,698.00	166,661.00	7.00	175,711.00
JEFE DE LÍNEA DE TRANSMISIÓN	238,845.00	0.00	215,706.00	164,000.00	149,288.00	137,783.00	126,000.00	108,825.00	143,779.00	14.00	153,319.00
JEFE DE SUBESTACIÓN	154,885.00	0.00	0.00	150,871.00	140,186.00	143,429.00	129,500.00	119,000.00	0.00	4.00	143,971.00
ANALISTA DE FACTURAS, TARIFAS Y ESTUDIOS	187,479.00	0.00	172,827.00	103,992.00	98,635.00	92,951.00	82,302.00	63,000.00	92,723.00	11.00	101,296.00
ANALISTA DE OPERACIONES Y ESTADÍSTICAS	120,581.00	0.00	0.00	77,570.00	75,261.00	67,792.00	62,475.00	58,367.00	67,708.00	7.00	77,294.00
ASISTENTE DE TRANSMISIÓN	93,478.00	0.00	0.00	73,566.00	65,134.00	63,000.00	55,164.00	42,000.00	68,108.00	7.00	66,893.00
INGENIERO DE PROTECCIÓN Y MEDICIÓN	151,856.00	0.00	0.00	138,201.00	113,172.00	126,740.00	87,103.00	63,000.00	125,086.00	7.00	116,228.00
ESPECIALISTA CALIDAD DE SERVICIO ELÉCTRICO	127,190.00	0.00	0.00	103,421.00	82,617.00	77,000.00	60,454.00	49,000.00	80,484.00	9.00	84,848.00
SUPERVISOR DE LÍNEAS DE TRANSMISIÓN	185,150.00	156,553.00	181,708.00	127,956.00	105,950.00	88,639.00	76,887.00	63,000.00	94,374.00	10.00	108,810.00
ANALISTA DE PLANEAMIENTO Y PROGRAMACIÓN	143,385.00	0.00	0.00	111,889.00	103,219.00	98,906.00	87,235.00	81,992.00	99,431.00	7.00	106,006.00

Fuente.- Salary Pack 2013 elaborado por PricewaterhouseCoopers para OSINERGMIN

Solo como referencia el cuadro N° 26 del Salary Pack de las empresas reguladas del sector energético, nos muestra las grandes diferencias de ingresos remunerativos entre el Personal Altamente Calificado de OSINERGMIN y los sueldos del Sector Privado. Notamos que un Gerente de un Área (Transmisión), no la más alta autoridad, al año recibe el doble del ingreso anual del Presidente del Organismo Regulador. Lo siguientes niveles en forma descendente presentan también diferencias comparativamente favorables para el sector Privado.

Bono Único de Productividad

Por otro lado, en adición a la remuneración el personal de los organismos reguladores percibía desde el año 1999 un Bono Único de Productividad²¹⁹, cuyo valor era igual al

²¹⁹ Para conocer más sobre la aplicación de los Convenios sobre estos Bonos, recomiendo la lectura del trabajo Preparado por GOVERNA SAC con apoyo de la Cooperación Alemana KFW cuyo título es. "Evaluación de la aplicación de los Convenios de Administración por Resultados (CAR) en el Perú", del 14 de noviembre del 2005, mediante el enlace electrónico siguiente:
http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/documentac/EvaluaciondeLaAplicaciondeLosCARs2005.pdf.

veinticinco por ciento (25%)²²⁰ de una planilla mensual de carácter continua, con cargo a los ahorros que se produzcan durante el año fiscal correspondiente en la gestión del presupuesto institucional de la Entidad. Esta aplicación estaba conforme con lo que disponía la Resolución Directoral N° 029-2001-EF-76.01²²¹, concordante con el Decreto Supremo N° 231-2001-EF; sin embargo, siendo este un aliciente²²² fue retirado a partir del 2005²²³, retiro que definitivamente afectó los ingresos de los trabajadores de diferentes maneras entre las que se destaca el pago de compromisos de deuda asumidos con el sistema financiero, y otras perspectivas naturales a sus elevadas calificaciones.

En conclusión, la dependencia que tienen los Organismos Reguladores con el Estado implica no poder aplicar políticas remunerativas atractivas y concordantes con la especialización de la función que desarrollan, siendo esto un escollo que le significa la pérdida progresiva de experiencia y talento acumulado, al no poder competir con el sector privado una mejor oferta de salarios. Esta situación se ha complicado más al no exceptuar a los trabajadores de los Organismos Reguladores del ámbito de la Ley del Servicio Civil recientemente aprobada, la que uniformiza a todos los servidores públicos bajo un solo régimen laboral y de manejo de remuneraciones²²⁴.

5.2 La gestión financiera del regulador bajo el control del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF)

Cabe precisar que el SIAF es un Sistema de registro único sobre el uso de los recursos

²²⁰ El bono de productividad estaba consignado en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto - Ley N° 28411 en su Artículo 63.- Convenios de Administración por Resultados, numerales: 63.1 y 63.2.

²²¹ La Directiva para la Programación de los Presupuestos de los Organismos Reguladores, Supervisores, Administradores de Recursos, Fondos, Empresas Municipales y otras Entidades de Servicios para el Año Fiscal 2002 mediante la Resolución Directoral N° 029-2001-EF-76.01, concordante con el D.S. N° 231-2001-EF, estableció lo siguiente mediante su **Artículo 17.-** En los Convenios de Gestión se podrá convenir el otorgamiento de un Bono de Productividad para el personal de la Entidad siempre que se cumpla con las siguientes condiciones: a) Disponer de la viabilidad financiera y liquidez para su atención de modo tal que su aplicación no afecte la operatividad de la Entidad y la calidad de los servicios. b) Haber logrado las metas del Convenio en los niveles establecidos con la Dirección Nacional del Presupuesto Público, y c) Haber cumplido (alcanzado), en los casos que corresponda, el nivel de superávit económico aprobado para el ejercicio 2002.

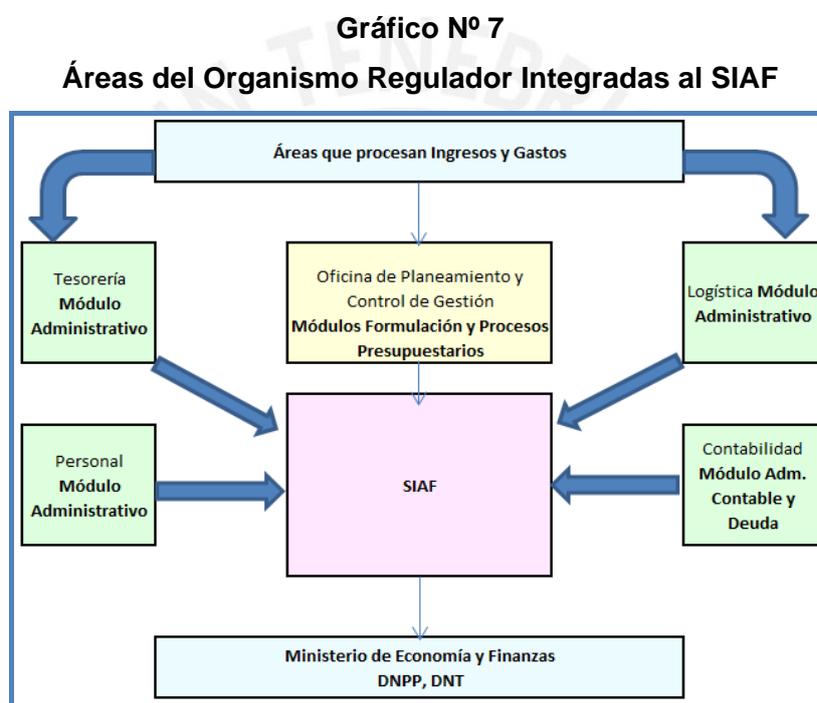
²²² "Convenio De Gestión OSINERG – DNPP 2001. Monto Máximo del Bono de Productividad El monto máximo del Bono de Productividad será de S/. 323 812, monto que resulta de aplicar la variación acumulada del índice de precios al consumidor estimada para el año 2001 (3%) sobre el total del monto ejecutado como Remuneración Básica más Bonificaciones del año 2000" Cita obtenida a través del enlace electrónico: <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/newTransparencia/Convenio2005-l.pdf>.

²²³ Para conocer más sobre la efectividad de los Bonos de Productividad y similares, recomiendo la lectura del trabajo Preparado por Carlos Oliva y Mayra Ugarte – Consultoría para la Unidad Ejecutora Programa de Modernización y Descentralización del Estado - Presidencia del Consejo de Ministros, en Septiembre de 2006, mediante el enlace electrónico siguiente:

http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_public/documentac/UsoyEfectividaddelosConveniodesGestion.pdf

²²⁴ Ley N° 30057 que en su Disposiciones Complementarias – Finales - Primera. No excluye a los trabajadores de los Organismos Reguladores, solo exceptúa a los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, del Congreso de la República, de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y de la Contraloría General de la República, que se rigen supletoriamente por el artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Proceso Administrativo Sancionador, establecidos en la presente Ley.

públicos cuya implementación se inicia el año 1997²²⁵. El Estado lo utiliza como herramienta de su Gestión Financiera y Presupuestal en la idea que mejora y apoya al ordenamiento y administración de las Finanzas Públicas. Mediante este sistema se realiza desde la Formulación y Aprobación del Presupuesto y sus modificaciones, la ejecución de los ingresos y gastos, la gestión de Pagos de obligaciones, la contabilización y presentación de los EEFF, hasta la preparación de las Evaluaciones Presupuestales conectados con los entes rectores del Ministerio de Economía y Finanzas y otras dependencias. Todas las unidades orgánicas de la entidad relacionadas a la gestión financiera y presupuestal están comprendidas en el sistema. El siguiente esquema grafica tal relación: (todo pasa por el SIAF previamente).



Fuente.- Elaboración propia

No obstante las “bondades” de este sistema, hay entidades como los organismos reguladores cuya labor se tienen que blindar de todo tipo de intromisión o perturbación, a efectos de no debilitar ni limitar su capacidad de maniobra. Sí el uso de los recursos económicos y financieros sufren un tratamiento de tipo ministerial, es decir, sometidos al tortuoso camino para su “capacidad de gasto” o efectividad de gasto, estamos frente a una entidad con ataduras, y por tanto vulnerada en su supuesta autonomía.

La decisión del ejecutivo que perturba el manejo fluido y oportuno de los recursos económicos y presupuestales de los organismos reguladores, y generar su debilitamiento ha pasado por dos instancias. La primera el año 2009, que es cuando los organismos

²²⁵ Resolución Viceministerial N° 005-97-EF/11 (11.01.1997), Aprueban normas para la implementación progresiva del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público;

reguladores fueron incorporados al Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP)²²⁶, bajo el argumento de promover la transparencia de su gestión, obviando que están sujetos al ámbito de control de: la Contraloría General de la República, del Sector al que pertenecen, del Poder Legislativo, y en permanente rendición de cuentas. A partir de entonces, la decisión tomada por el ejecutivo, en lugar de agregar valor a la operatividad de los reguladores, les ha restado agilidad y eficacia en el desarrollo de sus procesos administrativos al haberse establecido sistemas paralelos en la gestión. La segunda y que debilita aún más el manejo del presupuesto institucional se manifiesta a partir del ejercicio 2011, cuando se les obliga a estas instituciones a trabajar con calendario de compromisos anualizados sujetos a la aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas; tratamiento que usualmente debe corresponder a las entidades que recibe del tesoro nacional los recursos para financiar sus operaciones, que como ya se ha expuesto, no es el caso de los reguladores, cuyos recursos son RDR, no corresponden a la disponibilidad financiera de la caja fiscal; la propia definición del MEF²²⁷ así lo deja de claro, pero parece haberse modificado de facto.

El impacto que han generado estas medidas implica los siguientes efectos²²⁸:

a) Los compromisos, devengados y giros que corresponden a la ejecución presupuestaria de estas instituciones están ahora sujetos a las aprobaciones que se dan por el SIAF-SP. Cabe por lo relevante indicar que este Sistema (SIAF – SP) permanentemente está

²²⁶ Ley N° 29289, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009. Disposición Final Quincuagésima Cuarta.- Incorpórese en el Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público, para efecto de la transparencia y monitoreo de su ejecución, a los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), los cuales quedan sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley N° 28112, Ley marco de la administración financiera del Sector Público, y normas complementarias.

²²⁷ Definición del MEF al término **Calendario De Compromisos Institucional**.- Acto de administración de programación mensual para hacer efectivo la ejecución de las obligaciones comprometidas y devengadas, con sujeción a la percepción de los ingresos que constituye su financiamiento.

http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_glossary&letter=C&id=448&Itemid=100297

Otra definición es la siguiente: **Calendario de Compromisos**: Es la herramienta para el control presupuestal del gasto que aprueba la Dirección Nacional de Presupuesto Público, para establecer el monto máximo para comprometer mensualmente, dentro del marco de las Asignaciones Presupuestarias aprobadas en el Presupuesto Institucional del Pliego y de acuerdo a la disponibilidad financiera de la Caja Fiscal. (Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01, Glosario de Términos de Gestión Presupuestaria del Estado, publicada el 23 de febrero de 1999) <http://www.unmsm.edu.pe/ogp/ARCHIVOS/Glosario/indc.htm>

²²⁸ Este sistema SIAF-SP está en permanente revisión, y presenta los siguientes desafíos y debilidades: (i) mayormente orientado al registro y control financiero y no a la gestión y el apoyo a la toma de decisiones; (ii) tecnología desactualizada tipo cliente-servidor; (iii) si bien hay una amplia cobertura a nivel de UEs, la cobertura del sistema es incompleta pues prácticamente no alcanza las 50.000 Unidades Operativas, que son dependientes jerárquicamente de las UEs; (iv) otros sistemas de gestión no están integrados con el SIAF (Compras y Contrataciones, Inversión, Personal y Bienes); (v) la contabilidad no es totalmente automatizada y requiere participación de un contador para elaborar gran parte de los asientos; (vi) el manejo de caja y de la CUT son incompletos (cuentas bancarias no totalmente en el Sistema como cuentas virtuales, falta conciliación bancaria automática diaria, todavía hay traspaso global de encargos a las UEs, la etapa de pre-compromiso no está totalmente implementada, y hay poca capacidad de generar simulaciones financieras); (vii) los clasificadores todavía no están totalmente alineados para garantizar que toda información capturada y procesada esté interrelacionada automáticamente (presupuestales, económicos, institucional, plan contable, fuentes, y catálogo de bienes y servicios); (viii) el planeamiento estratégico y el presupuesto plurianual son incompletos, no alineados ni integrados al sistema; y (ix) la medición de productos e impactos es insuficiente y no retroalimenta los procesos decisorios de asignación del gasto y de diseño de programas.

sometido a actualizaciones que paralizan su funcionamiento, o en el mejor de los casos lo vuelve muy lento, una operación interna en línea, demora horas e incluso días para lograr su viabilidad (problemas de integración y de arquitectura tecnológica, que generan altos costos de mantenimiento y carencia en algunas funciones para la gestión del gasto). Con ello los reguladores han perdido su autonomía toda vez que están sometidos a que el MEF verifique, valide y autorice cada una de sus operaciones, para cada gasto.

b) Mediante directivas de los administradores del SIAF-SP se han establecido y siguen estableciéndose reglas y procedimientos que limitan los conceptos de gastos posibles por tipos de operación, esto no tiene en cuenta situaciones particulares que la función regulatoria exige, ya que se basan en experiencias en el manejo de recursos ordinarios en ministerios, desconociendo que la tarea de los reguladores es de alta especialización, sin igual en nuestro medio y de respuesta inmediata, como es el caso de la fiscalización y supervisión en sectores de gran impacto en la economía nacional y bienestar de la población.

c) Los Organismos Reguladores tienen que ejecutar procesos paralelos de registro de transacciones (compromiso, devengado y giro), puesto que cuentan con un sistema integrado de gestión administrativa (SIGA) interno que es utilizado para la elaboración de reportes cuyo análisis está orientado a su labor de regulación y supervisión, al cual se le ha sumado el uso del SIAF-SP, obligando a una duplicidad de esfuerzos y al incremento de gastos en tiempo, personal y servicios, y por ende a ralentizar las operaciones financieras y presupuestales.

Y tal como lo expone TASSANO (2011)²²⁹, ese el caso de OSINERGMIN *“obligado a organizar y reestructurar sus procesos administrativos internos para incorporar en la cadena de valor de los mismos –sin que ello implique agregar valor al cliente- las tareas propias de los registros SIAF-SP, lo cual significa un mayor tiempo y carga de trabajo, con la consecuente necesidad de mayor cantidad de personal, y por cierto elevación del costo administrativo del servicio”*, demora en la atención de obligaciones e insatisfacción en los proveedores de bienes y servicios. Finalmente, se le ha obligado a estas entidades a abrir cuentas bancarias en el Banco de la Nación por cuanto la autorización de giro que otorga el MEF es para que se materialice a través de una cuenta bancaria estatal, y no de una cuenta de la banca privada. Como hemos demostrado, esto ha dado como resultado una pérdida efectiva de la autonomía de los reguladores consagrada en todas las normas que las crearon, ya que ahora y desde el 2009, están sometidas al imperio del Ministerio de Economía y Finanzas para la verificación y aprobación de cada una de sus

²²⁹ TASSANO VELAOCHAGA, Hebert, Óp. cit. p. 12

operaciones, lo que consecuentemente afecta la eficiencia y eficacia del regulador.

Es necesario destacar que “Actualmente la Ley N° 29816, Ley de Fortalecimiento de la Sunat, otorga medidas de fortalecimiento presupuestario a la Sunat. Lo que se propone para agilizar el manejo presupuestal de los organismos reguladores es lo siguiente: i) que se encuentren sujetos a las disposiciones del Capítulo VI el Título II de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto, respecto de la aprobación del presupuesto por la entidad, tal como sucede con los gobiernos regionales, locales, Essalud, las empresas comprendidas en el ámbito de FONAFE, entre otros, y ii) que la incorporación al SIAF- SP sea solamente para la obligación de informar sobre su ejecución financiera y presupuestal a través del referido sistema”²³⁰.

5.3 Análisis y comentarios sobre la gestión presupuestaria y los saldos de ejercicios anteriores del OSINERGMIN

Crédito Suplementario (CS)

Esta operación se solicita para incorporar nuevos recursos al Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) a efectos de atender nuevas actividades y operaciones cuya previsión resulta imposible de concebir tomando en cuenta que el PIA se genera 6 meses antes del inicio de un ejercicio presupuestal. Sin el incremento de estos recursos no es viable atender las nuevas demandas.

El CS se puede atender de dos maneras, la primera es incorporando los Saldos de Balances positivos de ejercicios anteriores al PIA, y la segunda es merced a la previsión de obtener mayores ingresos por Recaudación en relación al arancel regulatorio principalmente, lo cual se sustenta mediante un Flujo de Caja Proyectado donde se demuestran los ingresos adicionales por captar.

OSINERGMIN, todos los años gestiona CS porque su labor regulatoria y de fiscalización es altamente dinámica, la capacidad de predecir la actuación a futuro con meses de anticipación motivada por distintas circunstancias incluso nuevas responsabilidades asignadas por la normas del ente rector (Ministerio de Energía y Minas) u otras disposiciones normativas, no son totalmente predecibles.

Mostraremos con un ejemplo el largo camino que sigue esta operación y el resultado de la atención inoportuna. El año 2011 se solicitaba un Crédito Suplementario por el importe de S/. 18'165,160.00 para atender mayores inspecciones de Supervisión y Fiscalización

²³⁰ Tomado de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 878/2011-CR “Fortalecimiento de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, numeral 9, p.15.

de Hidrocarburos Líquidos, mejorar el Soporte Tecnológico de la Actividad Gestión Administrativa, implementar la Descentralización de las Actividades de Difusión y Orientación a los Usuarios a través de 23 Oficinas Regionales, y cumplir adecuadamente con el plazo de Transferencia de Funciones de OSINERGMIN a la OEFA dispuestas por el DS N° 0002-2011-MINAM; todo lo que obviamente se vio perjudicado por la dilación que se aprecia en el cuadro N° 27.

Cuadro N° 27
Gestión de un Crédito Suplementario

Documento	Fecha	Asunto
Oficio N° 16-2011-OS-OPC	9 de febrero del 2011	Solicita opinión favorable para incorporación de Crédito Suplementario
Oficio N° 40-2011-OS-OPC	18 de marzo del 2011	Primera Insistencia que solicita opinión favorable para incorporación de Crédito Suplementario
Oficio N° 53-2011-OS-OPC	11 de mayo del 2011	Segunda Insistencia que solicita opinión favorable para incorporación de Crédito Suplementario
Oficio N° 83-2011-OS-OPC	19 de julio del 2011	Tercera Insistencia que solicita opinión favorable para incorporación de Crédito Suplementario
Oficio N° 154-2011-OS-OPC	9 de setiembre del 2011	Cuarta Insistencia que solicita opinión favorable para incorporación de Crédito Suplementario

Fuente.- Archivo Documentario de OSINERGMIN (Oficina de Planeamiento y Control de Gestión – OPC) Elaboración propia.

El largo camino de siete meses (7) para ser atendidos, que incluso traslapa con el proyecto de presupuesto del año siguiente que como hemos indicado se gesta 6 meses antes de su apertura, complica la atención de las labores del regulador. Este procedimiento está normado por la Directiva de Ejecución Presupuestaria de ineludible cumplimiento para toda la administración pública. Concluyo este análisis indicando que cuando se aprueba el Crédito Suplementario con tanta demora y se insertan los Nuevos Recursos al Presupuesto, su capacidad de ejecución es muy limitada por el plazo que resta dentro del ejercicio, lo que al final de cuentas se traduce en la no atención de las nuevas necesidades y en recursos no ejecutados, disminuyendo el porcentaje de efectividad de gasto anual.

Calendario de Compromisos

La ejecución del presupuesto no es inmediata ni automática, para ejecutar esta herramienta debidamente sustentada y aprobada la administración pública previamente debe contar con nuevas autorizaciones de gasto. Hasta el 2010 por ejemplo, la DNPP había implementado el Calendario de Compromisos Mensual que incluye los importes previstos a ejecutar durante el respectivo mes. Como expusimos en el numeral 5.1 (Presupuesto 2010-2012), es responsabilidad del Titular aprobar este calendario

mediante una Resolución (lo que equivale a que son 12 resoluciones en un año solo por este concepto). Este procedimiento significa que la Dirección Nacional de Presupuesto Público (DNPP) debe autorizar cada mes los gastos de la entidad. Desde el principio surge un problema de ejecución porque la primera aprobación de enero llega con retraso, el sistema (SIAF) lo autoriza con retraso y el regulador lo ejecuta con retraso, esto arrastra los meses siguientes que deben incorporar pagos no efectuados oportunamente, y así sucesivamente.

Frente a esta problemática, el MEF implementó para el ejercicio 2011 y siguientes, el Calendario de Compromisos Institucional de ejecución y control trimestral. En este calendario se incluye el flujo mensualizado de los gastos a incurrir. Se eleva cada trimestre a la DNPP para su evaluación al término, y se solicita la autorización para el siguiente. Como es de suponer, no son evaluaciones ni autorizaciones en línea, el proceso interno en el MEF toma sus días y perjudica el flujo de pagos. Estas operaciones se manejan dentro del Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF), herramienta informática nada óptima, que presenta problemas en su arquitectura y capacidad de atención a todo el aparato público.

En conclusión, estas dos herramientas de ejecución de gastos afectan el flujo en gran medida dado que al no remitir la DNPP dicha Programación Autorizada de Calendario de Compromisos, no es factible iniciar el proceso de ejecución del gasto de manera mensual. Asimismo, no hay flexibilidad para poder modificar dicha programación inicial, dado que como es una estimación no está sujeta a modificaciones.

Saldos de Balance

Se constituyen anualmente al término de las operaciones, generalmente por mayores recaudaciones a las previstas al inicio del ejercicio (Ver cuadro N° 28 - Recaudación de Ingresos). Siendo recursos económicos de la institución, no son de libre disponibilidad, su posible uso por necesidades debidamente sustentadas deben seguir la ruta del Crédito Suplementario ya explicada.

Este fondo es el que ha sido tomado por el poder ejecutivo para atender necesidades distintas a las del ente regulador, ello lo explicamos en el numeral 5.5, donde demostramos que se trata de una confiscación inconstitucional de los dineros de la entidad.

Cuadro N° 28
Recaudación de Ingresos (Nuevos Soles)

Año	PIM	Recaudado	Diferencia Saldo de Balance	%
-----	-----	-----------	--------------------------------	---

2008	283,410,810	307,342,926.00	-23,932,116.00	108.44
2009	190,000,000	434,858,484.29	-244,858,484.29	228.87
2010	215,860,337	336,286,196.18	-120,425,859.18	155.79
2011	226,747,974	321,876,348.62	-95,128,374.62	141.95
2012	237,757,163	402,025,306.81	-164,268,143.81	169.09

Fuente.- Memorias Institucionales. Elaboración propia.

5.4 Aplicación de las Normas de Contrataciones Públicas del Estado en las adquisiciones de Bienes y Servicios del regulador

Se discute ampliamente sobre las causas que hacen ver a la administración pública como lenta e ineficiente, y entre estas encontramos que sus normas de contrataciones establecen procedimientos que no obstante haberse mejorado, siguen siendo un cuello de botella para que las instituciones puedan contratar sus bienes y servicios de manera oportuna, en calidad y tiempo principalmente.

Igualmente cabe destacar que en toda entidad pública se contratan bienes, servicios y obras en común, y si estos procesos se manejan oportunamente, los plazos pueden resultar razonables. En el caso de los organismos reguladores, las contrataciones son más especializadas y requieren de un tratamiento diferenciado. El **Anexo 5** nos ilustra de los plazos que demanda un proceso selectivo bajo la norma de contrataciones vigente (DL 1017 y DS 184-2008-EF), tiempo que hace que en ocasiones se logren tardíamente las adquisiciones ya sea por falta de proveedores para determinar el valor referencial previo al proceso, o que durante el mismo haya ausencia de postores (Procesos Desiertos) debido que las reglas de juego para contratar son complejas, y diferentes a cómo maneja el sector privado su proceso de compras, o porque la improvisación de algunos postores le restó el interés de participar en el proceso a los postores de prestigio.

Dada la especialidad de las contrataciones que manejan los organismos reguladores, la actual normativa de contrataciones públicas en el Perú, no ayuda a efectuar las mejores contrataciones, en estos dispositivos legales, el factor precio es determinante, es decir frente a dos o más alternativas similares, la de menor precio lleva ventaja y no necesariamente es la mejor opción. Las evaluaciones para elegir la opción tiene dos componentes: la propuesta económica con un peso entre 40% y 30% y la propuesta técnica con un peso entre el 60% y 70% respectivamente. Como vemos la diferencia marca una tendencia, porque se puede calificar técnicamente y caer por el precio.

Con un ejemplo clave podemos demostrar la diferencia y especialidad: no es igual contratar un servicio de vigilancia que un servicio para evaluar el impacto que ocasiona la rotura de un ducto de gas, ambos para la norma de contrataciones estatales son servicios

y se califican y evalúan como tales. Para este último caso, resulta complicado contratar la atención de esta necesidad con prontitud dado el tiempo que toma desde la elaboración del estudio de posibilidades para determinar el valor referencial del proceso hasta lograr que los potenciales proveedores participen en los procesos, por cuanto el mercado es muy cerrado para este tipo de servicios. OSINERGMIN tiene un porcentaje significativo en contrataciones especializadas (son aquellas relacionadas directamente al objetivo regulatorio y supervisor), el cuadro N° 29 nos muestra lo que corresponde al ejercicio 2012 a manera de ejemplo.

Cuadro N° 29
Procesos de Contrataciones Especializadas y Convencionales Año 2012

Concepto	PAC Inicial			PAC Final		
	Nº Procesos	MONTO S/.	%	Nº Procesos	MONTO S/.	%
Contrataciones de Servicios Especializados	108	25,229,611.35	33.55	88	21,875,017.00	27.50
Contrataciones de Servicios Convencionales	214	62,344,944.00	66.45	232	64,883,778.00	72.50
TOTAL	322	87,574,555.35	100.00%	320	86,758,795.00	100.00%

Fuente.- Información Institucional, elaboración propia

OSINERGMIN, al igual que otras instituciones realizaron las gestiones pertinentes para que los procesos programados en el PAC fueran convocados en el mismo periodo presupuestal mediante la reformulación de sus Planes de Anuales de Contrataciones, aunque el esfuerzo de gestión no logró su cometido. El cuadro N° 30 nos ilustra al respecto.

Cuadro N° 30
Impacto del DU N° 037-2010 Comparación PAC Inicial vs. PAC Final 2010-2012

Concepto	2010			2011			2012		
	PROG.	EJEC.	NO EJEC.	EJEC.	NO EJEC.	NO EJEC.	PROG.	EJEC.	NO EJEC.
Contrataciones de Servicios Especializados	116	82	34	95	79	16	108	88	20
Contrataciones de Servicios Convencionales	278	180	98	215	201	14	214	232	(18)*
TOTAL	394	262	132	310	280	30	322	320	2

*Se incluyeron nuevos procesos selectivos convencionales

Fuente.- Elaboración propia con información facilitada por la institución

Como apreciamos la inejecución del 2010 es muy significativa comparada con los ejercicios siguientes donde los procesos no ejecutados son pocos (2011=30, 2012=2). Principalmente destacan las cifras no adquiridas de Contrataciones Especializadas (34),

las cuales están directamente relacionadas al ámbito regulatorio, supervisor y fiscalizador que se ejerce a las empresas reguladas del ámbito energético y minero. El impacto negativo del 2010²³¹ con elevado número de Contrataciones de Servicios Especializados (116) y de Servicios Convencionales (278) no ejecutadas es de alta significancia y repercusión desde el punto de vista del soporte a la supervisión y fiscalización de las actividades de los subsectores regulados. Ello ha implicado: no haber efectuado todas las supervisiones y fiscalizaciones del año, mover fechas de los trabajos de gabinete y campo, desatender coordinaciones previas con autoridades y empresas reguladas, dejar de lado autorizaciones o advertir sobre acciones inopinadas con carácter de reserva. Igualmente afectó la ejecución presupuestal en más de 21 millones de nuevos soles, conforme lo mostramos en el cuadro N° 31.

Cuadro N° 31
Ejecución Comparativa de los Planes Anuales de Contrataciones 2010-2012

DETALLE	PROGRAMADO		EJECUTADO		NO EJECUTADO	
	CANT.	MONTO S/.	CANT.	MONTO S/.	CANT.	MONTO S/.
2010						
Contrataciones Especializadas	116	60,311,659.89	82	17,867,000.57	34	42,444,659.32
Contrataciones Convencionales	278	43,690,169.29	180	64,687,362.49	98	-20,997,193.20
TOTAL	394	104,001,829.18	262	82,554,363.06	132	21,447,466.12
2011						
Contrataciones Especializadas	95	20,169,134.00	79	17,760,699.72	16	2,408,434.28
Contrataciones Convencionales	215	33,424,008.00	201	59,257,386.52	14	-25,833,378.52
TOTAL	310	53,593,142.00	280	77,018,086.24	30	-23,424,944.24
2012						
Contrataciones Especializadas	108	25,229,611.35	88	21,875,017.00	20	3,354,594.35
Contrataciones Convencionales	214	62,344,944.00	232	64,883,778.00	-18	-2,538,834.00
TOTAL	322	87,574,555.35	320	86,758,795.00	2	815,760.35

Fuente.- Elaboración propia con información facilitada por la institución

Concluimos proponiendo que sea el Presidente del Consejo Directivo de cada regulador el que apruebe su propio reglamento de adquisiciones y contrataciones, contando previamente con la opinión favorable del Organismo Supervisor de las Contrataciones

²³¹ En el numeral 5.5 Análisis y comentarios de los efectos de la aplicación de los dispositivos legales que disponen la transferencia de recursos económicos a otras dependencias públicas, se expone con amplio detalle los efectos del DU N° 037-2010, cuyo propósito fue restringir los gastos del estado, afectando a OSINERGMIN entre otros aspectos en el de la adquisición de bienes y servicios para atender la supervisión a las empresas reguladas..

Estatales (OSCE). Es lo más apropiado porque ayudará a contratar los bienes, servicios y servicios especializados especialmente, en forma oportuna, que es el problema que aqueja a estas entidades sujetas y bajo la aplicación de la normativa vigente para las contrataciones. Mencionamos algunas experiencias aquí mismo en nuestro país, donde la empresa Petróleos del Perú (PETROPERU) maneja su propio reglamento de contrataciones de bienes, servicios y obras con modalidades distintas a las que están en la Ley de Contrataciones del Estado, con mejor éxito que al aplicar la normativa, sin excluirse de la supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones de Estado (OSCE) y del control de la Contraloría General de la República.

5.5 Análisis y comentarios de los efectos de la aplicación de los dispositivos legales que disponen la transferencia de recursos económicos a otras dependencias públicas

En nuestro país el poder ejecutivo solicita facultades legislativas al Congreso con cierta frecuencia, esta situación se manifestó intensamente en el quinquenio 2006-2011 donde bajo este ejercicio de facultades presidenciales, se dictaminaron 383 decretos de urgencia. Esta actuación legislativa del ejecutivo, no debiera tener cabida en el marco de un Estado de Derecho, donde los artículos 43º y 45º de la Constitución Política, sostienen los principios de separación de poderes y de soberanía emanada del pueblo²³². Específicamente el Presidente de la República, tiene constitucionalmente facultad para expedir Decretos de Urgencia (DU)²³³. Cabe precisar, que los decretos de urgencia vienen a ser una clase de norma que ostenta rango y fuerza de ley. Rango que está fundamentado en el artículo 200º inciso 4 de la Constitución, en el cual se le menciona como una las normas legales que pueden ser objeto de un proceso de inconstitucionalidad²³⁴, y Fuerza de Ley reconocida expresamente en el artículo 118º

²³² Constitución Política del Perú:

Artículo 43º. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Artículo 45º. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

²³³ **Artículo 118º.** Corresponde al Presidente de la República: (...) inciso 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia".

²³⁴ **Artículo 200º.** (...) 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

inciso 19 de la Constitución²³⁵. Según el estudio realizado por Blume Rocha (2011) estas normas deben cumplir dos tipos de requisitos: los formales y los sustanciales²³⁶.

Requisitos formales.- Se pueden resumir en los siguientes:

- a) Firma del Presidente de la República y refrendo del Presidente del Consejo de Ministros.
- b) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso del decreto emitido.
- c) Debe estar fundamentado por el Poder Ejecutivo de manera expresa y escrita.

Requisitos sustanciales.- En base a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC, respecto a los criterios a los que deben responder los decretos de urgencia, podemos afirmar que, en cuestión de fondo, estos deben respetar como mínimo los siguientes criterios:

- a) Materia económica y financiera; para el TC, este requisito exige que "dicha materia será el contenido y no el continente de la disposición"²³⁷, agrega que "pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico"²³⁸. En ese sentido, si bien la finalidad puede no responder a materia económica o financiera, el medio empleado debe de todas maneras guardar una relación directa y esencial con la materia económica y financiera.
- b) Excepcionalidad e imprevisibilidad; según el TC²³⁹, la norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Una consecuencia lógica de este requisito, según la doctrina argentina²⁴⁰, viene a ser el hecho de que el autor material del decreto de urgencia debe ser totalmente ajeno a las causas de la parálisis institucional que caracteriza la crisis económica que sirve de fundamento al decreto de urgencia. En otras palabras, el dispositivo no estaría justificado en situaciones que son consecuencia de la irresponsabilidad o negligencia del autor de la medida.

²³⁵ **Artículo 118°.** Corresponde al Presidente de la República: 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

²³⁶ BLUME ROCHA, Aldo, Los Decretos de Urgencia de Alan García: El Abuso y la Usurpación de la Facultad Legislativa por parte del Poder Ejecutivo, Balance constitucional de los decretos de urgencia expedidos durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez, Primera edición, noviembre 2011, Instituto de Defensa Legal, Lima – Perú, pp. 9-14.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI, fundamento 59.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ PÉREZ HUALDE, Alejandro. "Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y control en la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional". Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 125.

c) Necesidad; las circunstancias deben ser de tal naturaleza que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables. Según Giovanni Sartori, *"...No es conveniente que el gobierno por decreto se convierta en una autopista sin obstáculos, ni siquiera en situaciones intermitentes"*²⁴¹, y para el doctor Néstor Pedro Sagüés, la expedición de este tipo de normas exige *"la aparición (...) de un auténtico supuesto de imposibilidad material o de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución"*²⁴². Esto quiere decir que, a efectos de que se pueda emitir válidamente un decreto de urgencia, se debe demostrar que no es posible emplear la vía ordinaria (Congreso), pues nos encontramos en una situación crítica o estado de necesidad que amerita una respuesta inmediata.

d) Transitoriedad; según el TC²⁴³, las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa. Francisco Eguiguren (1990)²⁴⁴ sostiene que, una de las consecuencias de la excepcionalidad de los decretos de urgencia es su temporalidad. Así, señala que *"por la naturaleza extraordinaria de estos decretos su vigencia debe ser necesariamente temporal, justificada por la situación excepcional que motiva su dictado"*. Se puede afirmar entonces que la naturaleza temporal o provisional de los decretos de urgencia obedece a dos razones. La primera, a que las situaciones extraordinarias a las que responde son coyunturales y pasajeras; y, la segunda, a que la eventual continuidad de estas normas queda sujeta a la decisión o regulación posterior del Parlamento²⁴⁵.

e) Generalidad e interés nacional; conforme el TC²⁴⁶, el principio de generalidad de las leyes puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe la Constitución (inciso 19, art. 118º), debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta. Es decir que los beneficios que deparen la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos a intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad. Siendo que la vinculación al interés nacional viene a ser un concepto de difícil determinación y susceptible de ser definido políticamente por el gobierno de turno, éste debe ser interpretado en consonancia con los otros requisitos de fondo de los decretos de urgencia, a efectos de no desnaturalizarlos.

²⁴¹ SARTORI, Giovanni. "Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados". México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 185.

²⁴² SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Elementos del Derecho Constitucional". Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 470.

²⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI, fundamento 59.

²⁴⁴ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Los retos de una democracia insuficiente". Lima: CAJ, 1990, p. 185.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 210.

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2003-AI, fundamento 59.

f) Conexidad; de acuerdo al Tribunal Constitucional²⁴⁷, debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes.

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada. Entonces, debe existir una relación causal directa e instantánea entre las medidas propuestas en tales decretos y las circunstancias graves y apremiantes que los justifican. Como argumenta Blume Rocha (2011)²⁴⁸, podemos sostener a partir de la Constitución, del Reglamento del Congreso de la República y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el parámetro para evaluar la constitucionalidad de los decretos de urgencia se encuentra conformada de acuerdo a los requisitos constitucionales que se muestra en el Cuadro N° 32.

Cuadro N° 32
Requisitos constitucionales que deben cumplir los Decretos de Urgencia

Requisitos formales	Requisitos sustanciales
a) Refrendo del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de Ministros. b) Obligación de dar cuenta al Congreso. c) Necesidad de fundamentación de los decretos de urgencia (argumentación razonada y por escrito).	a) Materia económica y financiera. b) Excepcionalidad e imprevisibilidad. c) Necesidad. d) Transitoriedad. e) Interés nacional. f) Conexidad.

Fuente.- Elaboración propia en base a: BLUME ROCHA, Aldo, Los Decretos de Urgencia de Alan García: El Abuso y la Usurpación de la Facultad Legislativa por parte del Poder Ejecutivo, Balance constitucional de los decretos de urgencia expedidos durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez, Primera edición, noviembre 2011, Instituto de Defensa Legal.

Bajo esos sólidos argumentos, sostenemos que la dación de los siguientes Decretos de Urgencia demuestra una vez más la validez de la hipótesis general de la presente investigación, por cuanto se sustenta que los mecanismos de que dispone el Estado, para normar y controlar los sistemas administrativos y de manejo económico y financiero transversales a la administración pública, vulnera la autonomía del regulador al disponer en esta oportunidad de sus recursos económicos y financieros para fines distintos a la misión de la entidad, máxime inobservando el carácter de intangibilidad que tienen los dineros que vía el arancel regulatorio financia las operaciones de estas entidades.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Blume Rocha, Aldo, Óp. Cit. p. 25.

RECURSOS INTANGIBLES²⁴⁹

En el cuadro N° 33 se muestra cuatro (4) Decretos de Urgencia que han violentado la intangibilidad de los recursos económicos y financieros de OSINERGMIN, analizamos la secuencia y destino de las transferencias dispuestas, y encontramos que se ha derivado recursos económicos a actividades que no tienen ninguna relación funcional, técnica ni operativa con la misión y visión de OSINERGMIN. Estos hechos solventan el criterio de que se ha configurado una inapropiada disposición de los dineros del ente regulatorio vía un dispositivo que puede ser sometido a un análisis de inconstitucionalidad con resultados absolutamente definitivos.

**Cuadro N° 33
Decretos de Urgencia expedidos que disponen de Recursos Intangibles entre el 2010 y el 2012**

Número D.U.	Sumilla	Importe transferido	Observación
N° 116-2009, Publicado el 17.12.2009	Se dispone la transferencia de los saldos de balance de OSINERGMIN al MINEM, para financiar la promoción del suministro del servicio público de electricidad en zonas urbano marginales del país.	La transferencia de hasta 100 millones de nuevos soles de OSINERGMIN a favor del Ministerio de Energía y Minas.	Estos D.U. devienen en inconstitucionales al incumplir los requisitos sustanciales que se exigen para este tipo de normas. El servicio público de electricidad, el otorgamiento de Documentos Nacionales de Identidad a menores de edad, las Obras de Saneamiento y los Proyectos de Inversión Pública no tienen el carácter de excepcionales e imprevisibles, transitorios, ni de conexidad. Las carencias de servicios básicos y el estado de aislamiento de ciertas comunidades son un problema estructural que no se resuelve mediante paliativos, sino dentro de la concepción de un Proyecto Nacional que considere nuestro subdesarrollo de manera integral.
N° 044-2010, Publicado el 25.06.2010	Dictan medidas económicas y financieras para el otorgamiento del Documento Nacional de Identidad a la población de menores recursos, en el marco del programa presupuestal estratégico "Acceso de la población a la identidad" y otras medidas.	Apoyo financiero por 36.8 millones de nuevos soles a favor de la RENIEC, y se exonera al pliego OSINERGMIN de todas las normas que limiten o impidan la aplicación del presente artículo.	
N° 047-2010, Publicado el 09.07.2010	Autorizan transferencias financieras a favor del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y a favor de la Municipalidad Distrital de El Alto, Talara – Piura para la ejecución de actividades y proyectos de inversión pública.	La transferencia financiera por la suma de 8 millones con cargo a la fuente de financiamiento RDR del pliego OSINERGMIN a favor de MVCS	
N° 006-2011, Publicado el 17.02.2011	Otorga recursos adicionales para el cumplimiento de los fines del decreto de urgencia N° 116-2009.	OSINERGMIN transferirá al MINEM la suma de hasta 50 millones de nuevos soles adicionales.	

Fuente.- Elaboración propia

²⁴⁹ El Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, aprobado mediante el D.S. N° 054-2001-PCM, establece en su Art. 73º indica en su Artículo 73 que los Aportes por Regulación son de carácter intangible.

Estos dispositivos no cumplen los siguientes requisitos sustanciales:

Excepcionalidad e imprevisibilidad.- Los dispositivos enunciados no señalan con extrema claridad cuáles son aquellas circunstancias excepcionales que ameritan su expedición. En la parte considerativa, se limitan a reseñar un conjunto de necesidades, pero tales citas no califican como una situación excepcional por cuanto hacen referencia a una condición estructural del país, la constatación de un alto grado de desigualdad, la marginalidad, la desatención de servicios básicos, corresponden ser resueltos a través de políticas de Estado de carácter integral. En ese sentido, tampoco puede hablarse de una situación imprevisible por cuanto se trata de problemas que han aquejado a nuestro país a lo largo de toda su historia y que deben ser resueltos dentro de un Proyecto Nacional que enfoque y acepte nuestro subdesarrollo de forma integral. Los problemas enunciados no se resuelven con la expedición de los Decretos de Urgencia mencionados, tal en extremo no lleguen a ser crónicos, pero sí anacrónicos.

Transitoriedad.- Si bien es cierto se han fijado fechas de caducidad, es más cierto que se ha creado una dependencia de carácter permanente dirigida a coadyuvar a la solución de un problema estructural del país. Las medidas dispuestas en virtud de las precitadas normas ostentan una medida con vocación de permanencia pues apunta a regular de manera definitiva un aspecto central en lo que respecta a cada sector del Estado. Tales plazos no constituyen concretar la finalidad de los decretos de urgencia, por lo que corresponde declararlos como inconstitucionales.

Conexidad.- Hemos demostrado que los decretos no amparan una circunstancia excepcional que justifique su expedición, lo que es necesario para pasar a analizar este requisito de conexidad. Sin el carácter de excepcionalidad, imprevisibilidad y transitoriedad no se puede hablar de una relación de conexidad entre tales requisitos sustanciales con lo cual no está justificada la expedición de estos dispositivos.

Como demostramos, se ha vulnerado fehacientemente en adición a la Constitución Política del Estado, otras normas, como las de creación de los Organismos Reguladores y sus Reglamentos, al violarse la intangibilidad de los recursos de estas entidades que presupone que no se deben destinar a usos distintos a los fines institucionales; sino estos organismos devienen en una especie de caja chica del Poder Ejecutivo, al que acuden por tener éstos saldos de balance favorables para atender su imprevisibilidad o ánimo político, en vez de conferirles una verdadera autonomía que les permita acceder a mejor tecnología e infraestructura física, acorde a la importancia y reales necesidades de su labor regulatoria y fiscalizadora.

El proceder del poder ejecutivo mediante los Decretos de Urgencia a la luz inconstitucionales, son una ilegítima apropiación de los ingresos por Aporte de Regulación que claramente la norma establece cuál es su adecuado uso. El Poder Ejecutivo al emitir estos decretos de urgencia tuvo un doble lenguaje para interpretar el carácter de intangibilidad de los Recursos Económicos o Financieros de los organismos públicos, por un lado ha tomado y dispuesto de los recursos de los Organismos Reguladores como si se tratase de Recursos Ordinarios del Tesoro Público, y por otro lado mediante Ley en beneficio de otras entidades²⁵⁰ ha precisado el alcance de la intangibilidad, sosteniendo que “...no pueden ser donados, embargados, rematados, dados en garantía, cedidos, afectados por medidas judiciales o administrativas, o destinados a cualquier otro fin...” asumiendo el verdadero concepto de la Intangibilidad de los Recursos Económicos, Financieros o Presupuestales.

El Estado cuando surge la necesidad de proteger dineros de algunos programas o fondos lo hace con la finalidad de no desviar su uso a propósitos distintos para los que fueron creados; al respecto en nuestra legislación hay casos para exhibir²⁵¹. Lo que quiere decir que es claro y necesario evitar el mal uso de los dineros para no caer en la tentación de la improvisación y la malversación. La protección constitucional de los recursos de los organismos reguladores es una medida que se logrará en tanto se otorgue la autonomía constitucional a estas entidades; es la única vía que garantizará entre otras situaciones, la del correcto manejo del Aporte por Regulación; insisto, para el poder ejecutivo es diáfano el concepto de intangibilidad de los fondos o recursos²⁵².

²⁵⁰ Ley N° 29362 que Precisa la Intangibilidad de los Fondos y Recursos del Sistema Previsional Militar Policial a cargo de la caja de Pensiones Militar Policial, del 19 de mayo de 2009.

²⁵¹ Por citar un ejemplo la Ley ° 27677 Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI, dispuso su intangibilidad mediante el **Art. 1.- Del uso de los recursos de la liquidación del FONAVI.-** Los recursos provenientes de la liquidación del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) establecido mediante Ley N° 26969 serán intangibles y serán utilizados por el Ministerio de Economía y Finanzas para financiar la construcción de viviendas de interés social, remodelación de viviendas y préstamos para ampliación de casa única, con la participación de las instituciones financieras intermediarias bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros. También los fondos del FONAVI podrán ser utilizados para financiar la adquisición de terrenos de interés social y materiales de construcción.

Como paradoja, es mediante un Decreto de Urgencia que se solidifica la intangibilidad de estos recursos del FONAVI en Liquidación. D.U N° 064-2002, Art. 2° Intangibilidad de los Fondos Ley N° 27677, 2.1. Los recursos provenientes de la liquidación del ex Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), que conformen el fondo creado mediante Ley N° 27677 - en adelante “Fondo Ley N° 27677” son intangibles. La intangibilidad supone que los recursos no pueden ser destinados a finalidad distinta a la señalada en la Ley N° 27677 y en la presente norma.

²⁵² **Nota de Prensa del Diario 16** edición del 21 de julio de 2012 sección Política que textualmente dice lo siguiente: MEF asegura que no se vulnerará intangibilidad de fondos de las AFP.- ¿Incongruencias? Pese a que la nueva Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones propone el cobro de comisiones por saldo en las AFP, el titular de Economía, Luis Miguel Castilla, defendió a capa y espada esta norma del Ejecutivo y aseveró que la medida no vulnerará la intangibilidad de los fondos de pensiones. “La intangibilidad de los fondos de pensiones está garantizada por la Constitución, no solamente el fondo sino la administración del fondo es intangible. Eso no cambia por el cobro por saldo porque cualquier cobro que se haga es para garantizar el pago de la pensión”, afirmó...ubicada en el enlace: <http://diario16.pe/noticia/17679-mef-asegura-que-no-se-vulneraraa-intangibilidad-de-fondos-de-las-afp>

Nota de Prensa en RPP del 20 de julio de 2012 (16.00 hrs.) El cobro por saldo que plantea la Ley de

No obstante, el hecho de que sea claro y sustentable el principio de intangibilidad de los recursos económicos y financieros de las entidades públicas, hemos demostrado que no hay impedimento capaz de evitar interpretaciones equivocadas y decisiones cuestionables para atentar gravemente contra la constitución y las leyes de nuestro Estado de derecho. Queda evidenciado que la disposición de los recursos de OSINERGMIN por parte del Ejecutivo se trata de una confiscación disfrazada de un buen propósito, para el cual se ha argumentado pretextos falaces. Además, cabe resaltar que los dineros del regulador provienen del mecanismo de recaudación que se cargan a las tarifas del usuario final, por tanto su finalidad se orienta a protegerlos de las fallas del mercado y a que obtengan un servicio de calidad.

Concluyo afirmando que la actuación del ejecutivo ha estado basada en aspectos de corto plazo, sin tomar en cuenta consideraciones dinámicas como por ejemplo las implicaciones que tenga en el futuro la adopción de cierto y determinado nivel de tarifas o mecanismos de regulación, lo que solventa la premisa que ciertas decisiones del sector público a través del tiempo son inconsistentes y desconocen una interacción estratégica entre el regulador, las empresas concesionarias y los usuarios actuales y potenciales.

Reforma del Sistema Privado de Pensiones (SPP) no viola la Constitución, dijo el ministro de Economía. El ministro de Economía, Luis Miguel Castilla, afirmó que la nueva Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones (SPP) promulgada por el Ejecutivo, que plantea el cobro de comisiones por saldo en las AFP, **no vulnera la intangibilidad de los fondos de pensiones consagrada en la Constitución Política**. “La intangibilidad de los fondos de pensiones está garantizada por la Constitución (...), no solamente es el fondo, sino la administración del fondo es intangible y eso no cambia por el cobro por saldo, porque al final cualquier cobro que se haga es para garantizar el pago de la pensión”, dijo en conferencia de prensa...ubicada en el enlace: http://www.rpp.com.pe/2012-07-20-castilla-intangibilidad-de-fondos-de-las-afp-esta-garantizada-noticia_503810.html

Nota de Prensa de Crónica Viva del 26 de abril del 2011 (10.01 hrs.): Ejecutivo a candidatos.- “Fondos de pensiones son intangibles” “Espero que el próximo gobierno continúe con las obras y logros alcanzados por la actual gestión gubernamental, sobre todo en la construcción de carreteras y servicios públicos como agua potable, energía eléctrica y educación”, enfatizó la presidenta del Consejo de Ministros, Rosario Fernández...

No se tocarán los fondos... Por otra parte, precisó que la Constitución resguarda la intangibilidad de los fondos de la seguridad social y que éstos no pueden ser destinados para otros propósitos que no sean los que establece la ley. “Hay dos dispositivos que están en la Constitución: los artículos 12 y 13 que establecen la intangibilidad de las reservas y de los fondos de la seguridad social, y no pueden ser destinados a otro fin que no sea el que la ley les asigna”. Explicó que si alguna agrupación política propone un cambio al respecto, tiene que superar las disposiciones constitucionales o armonizar su planteamiento para no colisionar con la norma. Ubicado en el enlace: <http://www.cronicaviva.com.pe/index.php/politica/2-politica/18186--ejecutivo-a-candidatos-qfondos-de-pensiones-son-intangiblesq>

Artículo de Caballero Bustamante: El gobierno en aras de proteger la calidad de beneficio social dispone la Intangibilidad de la CTS a partir del 2011...2. Intangibilidad...Finalmente, mediante el D.S. N° 016-2010-TR (25.12.2010), el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo reglamentó la Ley N° 29352. Así, el Reglamento tiene como finalidad precisar los alcances de la Ley N° 29352, norma que precisa la libre disponibilidad temporal y posterior intangibilidad de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)...3.2 A partir de mayo 2011 y hasta la extinción del vínculo laboral se podrá disponer hasta el 70% del excedente de 6 remuneraciones brutas, constituido como monto intangible, para lo cual lo empleadores deberán comunicar a las entidades financieras el equivalente al monto intangible por cada trabajador. Asimismo, el Reglamento precisa que esta disponibilidad no afecta la intangibilidad e inembargabilidad de los depósitos de la CTS en su porcentaje del 100%, incluidos sus intereses, salvo por alimentos, cuyos embargos judiciales solamente podrán ascender en la suma del 50%, conforme el artículo 37° del D.S. N° 001-97-TR (01.03.97).

A continuación analizaré la afectación en el proceso de pagos y contrataciones de bienes y servicios como consecuencia de la aplicación del Decreto de Urgencia N° 037, publicado en mayo del 2010, cuyo objetivo, consignado en la norma, fue para que el Estado cumpla con las metas fiscales de ese año.

LIMITACIÓN DE GASTOS DU 037-2010

El impacto central de este DU fue: la limitación del gasto en las partidas de Bienes y Servicios disminuyendo el número de procesos de adquisiciones y el importe de recursos asignados a tales fines durante los años 2010 y 2011 (Cuadro N° 34); la disminución de la limitación en la ejecución de proyectos de inversión pública, la suspensión de nuevas operaciones de endeudamiento y la reducción de demandas adicionales de recursos. El cuadro N° 35 nos muestra la caída de gastos de bienes y servicios registrados en su Planes Anuales de Contrataciones del 2008 al 2012 para apreciar la caída del 2010 y el 2011.

Cuadro N° 34
Decreto de Urgencia 037-2010 que limitó gastos de bienes y servicios

Número D.U.	Sumilla	Alcance	Observación
N° 037-2010, Publicado el 10.05.2010	Establecen medidas en materia económica y financiera en los pliegos del gobierno nacional para el cumplimiento de las metas fiscales del año fiscal 2010.	Las medidas de carácter económico financieras deben ser aplicadas de manera obligatoria por todos los pliegos presupuestarios del Gobierno Nacional, incluidos en el literal a) del artículo 20 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.	Entre dichas reglas se encuentra la que señala que el déficit fiscal anual del Sector Público No Financiero no podrá ser mayor a 1% del PBI y la que establece que el incremento anual del gasto de consumo del Gobierno central no podrá ser mayor al 4% en términos reales.

Fuente.- Elaboración propia.

Cuadro N° 35
Gastos en Bienes y Servicios del 2008 al 2010

Concepto	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Procesos en Nuevos Soles S/.	85'582,305.65	69'972,925.46	68'342,475.17	60'528,858.52	94'502,314.00	112'023,215.00
Proceso en US\$	34,520.00	70,038.00	0.00	98,507.72	35,447.20	2'420,000.00
Número de Procesos	441	348	229	245	262	385

Fuente.- Elaboración Propia en base a información registrada en el SEACE de la OSCE, enlace electrónico: <http://www2.seace.gob.pe/>. Planes Anuales - Consulta de Planes Anuales.

Si lo que buscaba la norma era reducir el déficit fiscal y que éste no sea superior al 1% del PBI²⁵³, no se previó que la aplicación de esta medida de austeridad en los

²⁵³ El PBI del año 2010 fue de 210,143 millones de nuevos soles, información del BCRP ubicada en el enlace <http://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/memoria-anual/memoria-2010.html>

Organismos Reguladores no generaba gran impacto a nivel macroeconómico dado que estos contribuían con alrededor del 3.9% del Total del Presupuesto del Sector Público en la Fuente de Financiamiento Recursos Directamente Recaudados (S/. 7,577'598,949), es decir con S/. 295'526,359 millones. Por lo tanto el presupuesto de los reguladores en conjunto era del 0.0711% del total del PBI, conforme se muestra en el cuadro N° 36.

Cuadro N° 36
Porcentaje Presupuesto de los Organismos Reguladores vs PBI Año 2010

PBI	Ppto. Estado RDR	Ppto. Reguladores	% del Ppto. de Reguladores vs PBI
210,143'000,000	7,577'598,949	295'526,359	0.0711

Fuente.- Elaboración propia en base a cifras del BCRP citada al pie de p. 233, y a cifras obtenidas a través del enlace del MEF http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/estadistic/documentos/2010/1.pdf

Por el contrario, la medida entrañaba un efecto negativo contra los objetivos que perseguía el gobierno respecto de la generación de empleo e inversión, al afectar la ejecución y cumplimiento de obligaciones contraídas por los reguladores; en el caso de OSINERGMIN se dejaba de cumplir obligaciones contraídas de bienes y servicios por el 15% del Presupuesto de Bienes y Servicios (21 millones de nuevos soles). Entre los servicios a congelar estaban los contratos de más de 500 supervisores con personería natural y 34 con personería jurídica que agrupaba a su vez 140 supervisores naturales, (total 640 supervisores). El efecto implicaba incumplir con la adecuada y oportuna fiscalización a las empresas concesionarias. Está demostrado que la dación de estos dispositivos son una clara y manifiesta intromisión a la autonomía de los reguladores, se les cercenó la obligación de honrar sus compromisos presupuestales, se puso en riesgo las operaciones y el cumplimiento de los nuevos encargos que el gobierno asignaba²⁵⁴.

Queda demostrado que esa situación de incertidumbre creada por el poder ejecutivo es otra muestra de vulneración de la autonomía del regulador, pues estuvo "capturado" desde el punto de vista de la libertad de gastos en bienes y servicios, debilitando su accionar.

Posteriormente, el 25 de junio de 2010 se aprueba el Decreto de Urgencia N° 044-2010 el cual autoriza a OSINERGMIN a realizar las contrataciones necesarias, sin embargo, ya previamente la entidad en el marco de la disponibilidad presupuestal limitada por la norma referida y acorde a los resultados obtenidos en la evaluación del Plan Operativo al 1º trimestre de las Gerencias y Oficinas, se reformularon el Plan Operativo Institucional

²⁵⁴ Se trata de las labores de supervisión en el Sector Minería.

2010 y los Indicadores de Desempeño, priorizando las acciones a ejecutar en lo que restaba del ejercicio 2010, lo cual implicó reducir las actividades de supervisión y replantear todo el soporte en bienes y servicios alrededor, y afectar los costos de transacción.

Evidentemente se perturbó la secuencia normal de los compromisos asumidos, y del impacto de las acciones toda vez que como sostiene Tassano (2011)²⁵⁵, “... Dado que el objetivo es mantener un equilibrio entre las empresas, las autoridades políticas de turno y los consumidores, el regulador no puede permitir ser “capturado” por alguna de estas partes... el regulador “independiente” disminuye (no elimina) el nivel de discrecionalidad del gobierno, **disminuyendo por ejemplo el costo de capital**”²⁵⁶; y es el caso, que el incumplimiento o atraso en los pagos y compromisos generados y asumidos hacia los proveedores y locadores de servicio, justamente va en la dirección opuesta, genera sobrecostos a las partes, y se convierte en una clara demostración de intervencionismo en la gestión.

²⁵⁵ TASSANO VELAUCHAGA, Hebert, Óp. cit. p. 9

²⁵⁶ Subrayado y Negrita nuestro.

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE PROPUESTAS LEGISLATIVAS SOBRE EL FORTALECIMIENTO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN SERVICIOS PÚBLICOS

6.1 Análisis de la Propuesta de Creación de la Superintendencia de Organismos Reguladores (Proyecto Legislativo N° 1467/2006-CR)

Comentario Introductorio

Antes de analizar esta propuesta legislativa de creación de la Superintendencia de Organismos Reguladores del Perú, comparamos ciertos indicadores de los países latinoamericanos que tienen reguladores multisectoriales (Costa Rica, El Salvador, Panamá y Uruguay), con los indicadores peruanos para determinar la proporcionalidad.

En el cuadro N° 37 mostramos datos generales del tamaño, población y PBI comparado con el Perú. Vemos lo pequeños que son en esos aspectos relevantes los 4 países con reguladores multisectoriales, dado que en conjunto su población es el 50%, su extensión es el 25.40%, y la suma de sus PBI equivale el 77.66% del PBI peruano. Conclusión, son países de menor tamaño y menor población, lo que hace más viable la atención de sus necesidades de servicios públicos.

Cuadro N° 37
Superficie, Población y PBI (Proyectado al 2012)

País	GINI (2009) ²⁵⁷	IDH	Superficie Km ²	Población	PBI en US \$ ²⁵⁸
Costa Rica	50.7	62	51,100	4'700,000	40.869.768.515
El Salvador	48.3	105	21,041	6'288,899	23.054.100.000
Panamá	52.0	59	78,200	3'405,813	26.778.100.000
Uruguay	46.3	51	176,215	3'368,595	46.709.797.684
Perú	49.1	77	1'285,215	30'475,144	176.925.341.932

Fuente.- Elaboración propia con información del BM* y WIKIPEDIA. <http://datos.bancomundial.org/>

*Banco Mundial, Grupo de investigaciones sobre el desarrollo. Los datos se basan en datos primarios obtenidos de encuestas de hogares de los organismos de estadística del gobierno y los departamentos de país del Banco Mundial. Puede obtener más información y datos sobre metodología véase PovcalNet (<http://iresearch.worldbank.org/PovcalNet/index.htm>). Fuentes Indicadores del desarrollo mundial.

²⁵⁷ El índice de Gini mide hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Una curva de Lorenz muestra los porcentajes acumulados de ingreso recibido total contra la cantidad acumulada de receptores, empezando a partir de la persona o el hogar más pobre. El índice de Gini mide la superficie entre la curva de Lorenz y una línea hipotética de equidad absoluta, expresada como porcentaje de la superficie máxima debajo de la línea. Así, un índice de Gini de 0 representa una equidad perfecta, mientras que un índice de 100 representa una inequidad perfecta.

²⁵⁸ PIB (US\$ a precios actuales) El PIB a precio de comprador es la suma del valor agregado bruto de todos los productores residentes en la economía más todo impuesto a los productos, menos todo subsidio no incluido en el valor de los productos. Se calcula sin hacer deducciones por depreciación de bienes manufacturados o por agotamiento y degradación de recursos naturales. Los datos se expresan en moneda local a precios corrientes. Las cifras en dólares del PIB se obtuvieron convirtiendo el valor en moneda local utilizando los tipos de cambio oficiales de un único año. Para algunos países donde el tipo de cambio oficial no refleja el tipo efectivamente aplicado a las transacciones en divisas, se utiliza un factor de conversión alternativo. Datos sobre las cuentas nacionales del Banco Mundial y archivos de datos sobre cuentas nacionales de la OCDE. Fuentes: Indicadores del desarrollo mundial.

El cuadro N° 38 nos detalla la **Producción de Energía** (kt de equivalente de petróleo); se refiere a las formas de energía primaria —petróleo (crudo, líquidos de gas natural y petróleo obtenido de fuentes no convencionales), gas natural, combustibles sólidos (carbón, lignito y derivados) y combustibles renovables y residuos, y la electricidad primaria, todos convertidos en equivalentes de petróleo. Aquí nuevamente apreciamos la diferencia en el siguiente orden: la producción total de energía de los cuatro países que tiene reguladores multisectoriales es al año 2008 = 56.22%, al año 2009 = 45.96% y el año 2010=39.06% del total de producción del Perú. Conclusión, la suma de la producción de energía de todos estos países es significativamente menor a la producción peruana.

Cuadro N° 38
Producción de energía (kt* de equivalente de petróleo)

País	2008		2009		2010	
Costa Rica	2.346,5	56.22%	2.368,6	45.96%	2.437,6	39.06%
El Salvador	2.491,9		2.212,3		2.261,2	
Panamá	888,5		842,8		842,9	
Uruguay	1.384,8		1.519,8		2.038,1	
Perú	12.648,5	100.00%	15.103,5	100.00%	19.397,9	100.00%

Fuente.- Agencia Internacional de la Energía (Estadísticas de la AIE © OCDE/AIE)
<http://www.iea.org/stats/index.asp>.

* El kilotón (kt) Es la energía equivalente a la que se libera cuando explotan 1000 toneladas de trinitrotolueno y es igual a 4.2×10^{12} J. (J=Joule = La unidad de energía del Sistema Internacional. Es la energía necesaria para levantar 1 m. una masa de 1 kg.).

Seguidamente en el cuadro N° 39 comparamos el **Consumo de Energía Eléctrica Per Cápita** que mide la producción de las centrales eléctricas y de las plantas de cogeneración menos las pérdidas ocurridas en la transmisión, distribución y transformación y el consumo propio de las plantas de cogeneración. El Perú no alcanza el consumo per cápita de estos países a excepción de El Salvador cuyo consumo es menor al peruano. Conclusión, en el Perú se requiere elevar los niveles de consumo dotando de energía eléctrica a su extenso territorio de manera integral.

Cuadro N° 39
Consumo de energía eléctrica (kWh per cápita)

País	Población	Superficie Km ²	2008	2009	2010
Costa Rica	4'700,000	51,100	1.865	1.817	1.855
El Salvador	6'288,899	21,041	864	845	855
Panamá	3'405,813	78,200	1.661	1.750	1.832
Uruguay	3'368,595	176,215	1.647	1.638	1.648
Perú	30'475,144	1'285,215	1.046	1.049	1.106

Fuente.- Agencia Internacional de la Energía (AIE) (Estadísticas de la AIE © OCDE/AIE,
<http://www.iea.org/stats/index.asp>. <http://datos.bancomundial.org/>.

El cuadro N° 40 nos ilustra en relación al acceso a una **Mejora en el Suministro de Agua en el Sector Rural y en el Sector Urbano** que tiene en porcentaje la población con acceso razonable a una cantidad adecuada de agua proveniente de nuevos suministros mediante una conexión doméstica o pública, pozos, albercas o fuentes protegidas o recolección de agua de lluvia.

Cuadro N° 40
Mejora en el suministro de agua, sector rural y urbano
(% de la población con acceso)
AÑO 2010

País	Población	Superficie Km ²	RURAL	URBANO
Costa Rica	4'700,000	51,100	91	100
El Salvador	6'288,899	21,041	76	94
Panamá	3'405,813	78,200	33	97
Uruguay	3'368,595	176,215	100	100
Perú	30'475,144	1'285,215	65	91

Fuentes. - Banco Mundial <http://datos.bancomundial.org/> World Health Organization and United Nations Children's Fund, Joint Measurement Programme (JMP) (<http://www.wssinfo.org/>). Indicadores del desarrollo mundial.

El problema principal del sector de saneamiento peruano es la baja sostenibilidad del servicio de agua potable y de la gestión de aguas residuales.

El 35% de la población peruana rural y el 9% urbano no cuenta con servicio de agua potable de calidad adecuada; el 44% no está conectado a un sistema de alcantarillado y un porcentaje importante alrededor del 78% de las aguas residuales son descargadas sin tratamiento directamente a los ríos o al mar. Esto no sólo tiene efectos nocivos para la salud de los habitantes, sobre todo de los niños, sino también consecuencias críticas para el medio ambiente. La descarga de aguas residuales sin tratamiento a los cuerpos de agua, agravará las consecuencias del cambio climático pronosticadas para el Perú, las cuales serán importantes sobre todo por el derretimiento de los glaciares en los Andes, el reservorio más importante del recurso hídrico de nuestro país.

Una de las principales razones para la falta de sostenibilidad es la escasez de recursos en las empresas municipales prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), las cuales no suelen estar en condiciones de asegurar el saneamiento mismo debido a que sus capacidades de gestión son débiles, el personal no está suficientemente calificado y las

inversiones no son eficientemente utilizadas, lo cual influye negativamente en los impactos que deberían obtenerse. Además, la injerencia política y los bajos niveles de remuneración del personal de las EPS, dificultan una gestión sostenible. De parte de la población, una educación y cultura sanitaria deficiente, que tienen como consecuencia considerables pérdidas de agua y una débil disposición a pagar.

Por otro lado, las fuentes sin Mejoras de la cual se abastecen algunos pobladores, incluyen suministradores, camiones cisterna y las albercas y fuentes no protegidas, que para el caso no consideradas en las cifras que muestra el estudio del banco Mundial. El acceso razonable es igual a la disponibilidad de al menos 20 litros de agua por persona por cada día, provenientes de una fuente considerada en situación de Mejora y ubicada a menos de un kilómetro de distancia de la vivienda. Como mostramos el Perú se encuentra en el cuarto lugar de estos 5 países materia de estudio; en conclusión requiere ampliar la cobertura del suministro de agua básicamente en el sector rural, que como dijimos, está disperso en todo su extenso territorio.

En el Servicio de Telecomunicaciones, nuestro país muestra la necesidad de mejorar la penetración de la telefonía móvil y la penetración de la banda ancha fija ambas a nivel nacional, conforme se muestra en el Cuadro N° 41 donde nos ubicamos en la cuarta posición comparada con los países materia de análisis.

Cuadro N° 41

América Latina: penetración nacional de la telefonía móvil y de la banda ancha fija al Primer Trimestre del 2011 en porcentaje (%)

País	1er trimestre 2011	
	Telefonía móvil	Banda ancha fija
Costa Rica	71,91	7,02
El Salvador	129,55	2,99
Panamá	142,34	7,49
Perú	81,12	3,26
Uruguay	133,78	11,76

Fuentes: Raúl L. Katz, La Infraestructura en el Desarrollo Integral de América Latina. Telecomunicaciones. IDeAL 2012 Corporación Andina de Fomento. p. 19. Elaboración propia. <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/10953.pdf>

Igualmente se asume que una adecuada penetración debe ir acompañada de una supervisión del servicio de telefonía pública urbana y rural que a saber requiere de una cobertura y frecuencia adecuada que garantice un adecuado control de la continuidad. La eficiencia de esta supervisión depende a su vez de un diseño y un presupuesto acorde con las magnitudes y constante, es decir de un amplio ámbito y de una frecuencia aceptable, para que los entes supervisados asuman responsablemente las obligaciones contraídas. Esta supervisión particularmente en el medio rural requiere de recursos especiales debido a las distancias y a la difícil geografía de los centros poblados. Por lo tanto, el regulador OSIPTEL se enfrenta a una cobertura muy amplia y unas distancias muy grandes para arribar a los concesionarios, que se traduce en un problema presupuestal y que obliga a reducir la supervisión casi exclusivamente a las localidades que presentan problemas. No obstante, la supervisión de los concesionarios debiera ser también responsabilidad de las empresas operadoras, puesto que, por un lado, son los responsables directos del cumplimiento de las normas y, por otro lado, los primeros interesados en que la gestión de los operadores sea óptima puesto que de ellos dependen sus resultados y por ende su rentabilidad y el éxito de los proyectos. El cuadro N° 42 nos muestra el nivel de inversiones que alcanzados, donde apreciamos que el Perú destaca en volumen de inversión, lo cual tiene relación con su amplio y extenso mercado por abastecer.

Cuadro N° 42
Inversión en telecomunicaciones con participación privada
(US\$ a precios actuales)

País	IDH	2008	2009	2010	2011
Costa Rica	62	-	-	-	170.000.000
El Salvador	105	231.800.000	87.100.000	135.700.000	125.200.000
Panamá	59	878.000.000	115.500.000	38.200.000	190.500.000
Uruguay	51	52.900.000	44.700.000	41.700.000	79.400.000
Perú	77	842.400.000	683.800.000	641.900.000	773.600.000

Fuente.- <http://datos.bancomundial.org/> Banco Mundial, Private Participation in Infrastructure Project Database (<http://ppi.worldbank.org>). Fuentes Indicadores del desarrollo mundial

Esta inversión abarca los proyectos que hayan llegado a un cierre financiero y presenten servicios al público directa o indirectamente. Se excluyen los activos muebles. Incluye los contratos de operación y gestión, y los de operación y gestión con grandes gastos de capital, los proyectos totalmente nuevos (en los que una entidad privada o una empresa conjunta público-privada construyen y opera nuevas instalaciones) y las desinversiones.

Concluyendo tenemos las grandes diferencias entre los países con Reguladores Multisectoriales y el Perú con Reguladores Sectoriales, donde lo extenso, poblado, disperso, y el tamaño económico, justifica la existencia de los organismos reguladores sectoriales independientes entre sí para el caso peruano, y que no se tenga dentro de una sola entidad la regulación y supervisión de todos los servicios públicos de redes. Las inversiones realizadas en el periodo analizado también para nuestro país son mayores, así como también sus necesidades de inversión en infraestructura básica.

La dispersión poblacional no atendida en los servicios públicos como agua y saneamiento básico, telecomunicaciones, transportes y suministro de energía en el Perú, tiene entre otras razones el problema de accesibilidad que es más complejo que el de Costa Rica, El Salvador, Panamá y Uruguay, por cierto países pequeños y de mucho menor población por atender.

El Perú requiere del tratamiento de cada sector con la rigurosidad propia de su territorio geográfico y orográfico, que adicionalmente presenta dos aspectos a resaltar, la concentración de grandes poblaciones en las zonas urbanas, y una amplia dispersión de su poblacional rural, dificultando su atención mediante las inversiones necesarias y su subsecuente regulación y supervisión si esta fuese concentrada en un organismo multisectorial, donde sería alta la posibilidad de que se diluya el objetivo por atacar.

Análisis del Proyecto Legislativo N° 1467/2006-CR

El Proyecto propone la creación de una Superintendencia de Organismos Reguladores. Encontramos en su parte considerativa que según el legislador *“el control de la inversión privada y resguardo de algún modo de los intereses de los usuarios, no han podido cumplirse del todo”; “que la experiencia ha demostrado que el funcionamiento de los mismos no está debidamente regulado”; “que gran parte de ello se debe a la fusión de distintas funciones”* (contradiendo su propio segundo considerando que indica. *“que dicha Ley (Ley Marco) establece con precisión las funciones de los Organismos Reguladores...”*; y que además, *“resulta de importancia la creación de un organismo que estando por encima de los reguladores **pueda controlar el funcionamiento de los mismos...**”* (Negrilla y subrayado nuestro).

Ninguno de los considerandos se ajusta a la realidad, los organismos reguladores sectoriales en el Perú han cumplido y cumplen su rol²⁵⁹. Los considerandos solo comprenden una apreciación subjetiva y de corte político, cuando el problema es de carácter más amplio. Se trata de hacer prevalecer las normas existentes que otorgan autonomía a los organismos reguladores, mejorar su independencia técnico operativo, y respetar el uso, manejo y destino de sus recursos económicos y financieros.

La exposición de motivos de este Proyecto escrita en dos páginas, no solventa de manera sustantiva la propuesta legislativa, hace una narración singular de hechos profundamente estudiados a nivel local y mundial respecto del fenómeno privatizador (Capítulo II de la presente Tesis), tampoco aporta a un debate de ideas sino de afirmaciones sobre acontecimientos ya revisados en el tenor de la Ley Marco, también analizada en el presente trabajo (numeral 3.3. Capítulo III). Es temeraria al afirmar que: *“la sociedad resulta incapaz por sí misma para resolver sus conflictos existenciales que otrora vinieran resueltos por la espontaneidad de la autorregulación, de ahí que nos vemos obligados a acudir nuevamente al Estado como único capaz de asumir esta función ya perdida...”* (subrayado nuestro) por cuanto, el proceso evolutivo de la humanidad desde su estado natural ha pasado justamente por la necesidad de organizarse primero en tribus, luego en comarcas, aldeas, villorrios, pueblos, pequeñas y grandes circunscripciones, reinos y luego estados, con el objeto de protegerse y defender su derecho a la propiedad y subsistencia, por lo que resulta que no ha habido autorregulación, sino una necesidad de organizarse y delegar ciertas atribuciones al líder,

²⁵⁹ Todos los Congreso Latinoamericanos e Hispanoamericanos sobre regulación y supervisión de los servicios públicos realizados en diferentes países y sobre diversos temas, así lo demuestran, donde incluso se toma como modelo el caso de OSINERGMIN. (Leer pie de página 195)

jefe, príncipe o soberano, para justamente poner en estado de orden esa convivencia y lograr bienestar. El hombre per se, no es capaz de autorregularse, lo hace en sociedad a través de un orden político y jurídico. En la actualidad, a través del Estado de Derecho.

Esta exposición de motivos no analiza el aspecto medular de la función Regulatoria de los Servicios Públicos, que como sabemos *“está dirigida a armonizar los intereses de los usuarios, de los servicios públicos y consumidores, del propio gobierno y de los inversionistas que brindan dichos servicios, con la finalidad de asegurar que se cumplan requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios; lo cual necesariamente no es tan sencillo”*. Y, justamente no es tan sencillo por la intromisión del Poder Político, que en esta propuesta pretende crear una instancia sobre los organismos reguladores, la Superintendencia devendría en una instancia adicional a las decisiones de estas entidades de carácter sectorial conforme este documento lo prescribe al mencionar que: *“La presente norma busca reforzar el rol del Estado a través de una política normativa fortalecida que modifique la hasta ahora existente sin generar un desequilibrio entre una y otra parte de la relación contractual; para lo cual se crea la Institución de la Superintendencia de Organismos Reguladores a efectos de **establecer un órgano de control de los Organismos Reguladores**, y una segunda instancia de solución de controversias, dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional”*; (negrilla y subrayado nuestro). Esta última parte es atentatoria contra la AUTONOMÍA de los Organismos Reguladores, es una forma de captura política que no requiere mayor análisis a lo sustentado a lo largo de la presente investigación.

Veamos más bien, que no se ha dimensionado la alta especialización de cada uno de los organismos reguladores y de los servicios de su ámbito de acción, que siendo todos ellos servicios públicos con características de redes, son totalmente diferentes en su prestación, no hay forma, es imposible pretender generar similitudes operacionales o técnicas, que en buena cuenta son la base de la regulación, supervisión y fiscalización que se ejerce de manera sectorial.

Las razones económico financieras son cruciales, el aporte por regulación siendo similar en su concepción, es distinto en su captación y aplicación, los importes son asimétricos y su uso responde a necesidades que no se pueden homologar. No es agregarle valor al estado pretendido de bienestar y tampoco una manera razonable de redistribución, que los recursos de los reguladores

sectoriales se destinen a una caja única, eso solo sería una forma de subsidio cruzado del que más o mejor recaude y gestione en favor del regulador de menores recursos, cuando lo que debe revisarse son las causas que originan esa debilidad de menores ingresos, que podría ser el caso de Saneamiento, cuyas tarifas sobre agua o son cuestionadas o no autorizadas por el poder político investido de un espíritu populista, por ejemplo.

Por otro lado las metodologías de trabajo difieren, no tienen posibilidades de apreciarse como un *modus operandi* transversal. Cada cual opera con sus particularidades conforme la naturaleza del servicio público en la mira; las telecomunicaciones que están en constante evolución tecnológica, la energía en sus diversas manifestaciones y dentro de cada una de ellas con sus especificaciones, el transporte con sus aspectos intrínsecos, y el saneamiento con una situación de una gran empresa y muchas pequeñas y dispersas a cargo de gobiernos locales. No es lo mismo tratar la telefonía móvil de la fija, la internet, el tema de bandas, tampoco el tema de las formas de energía primaria como el petróleo (crudo, líquidos de gas natural y petróleo obtenido de fuentes no convencionales), el gas natural, y los combustibles sólidos (carbón, lignito y derivados), incluso los combustibles renovables y residuos, la electricidad primaria en sus diversas fuentes convencionales y no convencionales, el transporte sea marítimo o terrestre, el control de terminales portuarios y aeroportuarios y líneas férreas, y el tema del agua, saneamiento y alcantarillado, cada cual respondiendo a lo suyo. Lo cual evidentemente solo muestra en el proyecto el afán controlista, tal cual lo ha expresado la propia propuesta legislativa.

La supuesta creación de una instancia adicional para dirimir las controversias, devendría en un escalón adicional a la problemática donde todo llega al poder judicial como vía para el adormecimiento, tal cual lo postula el numeral 3 del artículo 4º del proyecto²⁶⁰.

Concluyendo el análisis sostenemos que se trata de una medida de intervención e injerencia en la autonomía de los organismos reguladores, no aporta en nada en relación a la corriente mundial de otorgarles mayores libertades de acción, independencia y transparencia a sus resoluciones, merma la autonomía y ralentiza sus decisiones. Como hemos visto en Latinoamérica, los países que cuentan con reguladores multisectoriales,

²⁶⁰ Artículo 4º, numeral 3. "resolver en última instancia administrativa a través del Tribunal de Solución de Controversias, las impugnaciones contra las resoluciones de determinación de multas que pudiera efectuar la Intendencia Supervisora dentro de su función fiscalizadora y sancionadora que establece su reglamento, dichas impugnaciones serán resueltas dentro del plazo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General".

son pequeños, no menos importantes para la comunidad internacional, pero si, de un manejo menos complejo. El hecho de designar a la más alta autoridad regulatoria (Superintendente) por la vía del Congreso de la República con dos tercios del número legal de Congresistas, se desdice con la facilidad para removerlos con el voto favorable del cincuenta por ciento del número legal de miembros, lo que equivale que un arreglo político puede crear desestabilidad a la entidad. Por último, si el objeto es reforzar el rol del Estado mediante una política normativa, generando efectividad en las acciones de las entidades reguladoras, y otorgando confianza a los usuarios y a las propias empresas, la mejor vía es el fortalecimiento de la autonomía de los organismos reguladores sectoriales, y el respeto a la intangibilidad de sus recursos; y en lo referente a los Consejos de Usuarios, su mejor actuación y participación no requiere de la creación de una Superintendencia Multisectorial, bastaría un Decreto Supremo que así lo promueva.

6.2 Análisis del Proyecto de Ley de Fortalecimiento de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (N° 878/2011-CR)

Contrariamente a la propuesta de creación de la Superintendencia de Organismos Reguladores como una medida de controlarlos y sujetarlos al poder político, el presente Proyecto de Ley que modifica la Ley Marco propone el fortalecimiento de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos sectoriales, entre otras razones, porque el desempeño adecuado de las decisiones de los reguladores fomenta una mayor inversión en los servicios públicos, busca la ampliación de la cobertura, procura la mejora en la calidad del servicio, y regula para acceder a tarifas y precios óptimos y razonables para los usuarios. Analicemos los principales tópicos del proyecto.

Consejo Directivo y Gerencia General

Se sustenta la propuesta en el entendido que la labor de los organismos reguladores es técnica y debe realmente ser autónoma, lo cual se logra en la medida que se cuente con las personas idóneas, y con la posibilidad de una renovación gradual de sus miembros. Para tal propósito plantea la renovación escalonada de los miembros del Consejo Directivo, uno por año, a efectos de hacer predictibles sus decisiones, transferir gradualmente los conocimientos, preservar la memoria institucional, minimizar el riesgo de una quiebra o cambio de las políticas regulatorias y, lo más relevante, reducir el riesgo de captura por los grupos de poder o por el gobierno en ejercicio.

Igualmente, se plantea como una medida de consistencia técnica, que el gerente general sea elegido por el Consejo Directivo y no por el Presidente del Consejo Directivo como

sucede actualmente²⁶¹, es decir que no quede a voluntad de un solo criterio, sino sea resultado de una amplia discusión y consenso.

Por otro lado, en relación al Consejo Directivo se plantea que uno de estos miembros²⁶² sea representante de la sociedad civil y que en la Comisión que debe llevar adelante el proceso del concurso público para la elección de los miembros del Consejo Directivo, participe un representante del INDECOPI; lo cual recientemente no ha sido acogido²⁶³. También se propone que la elección de los miembros del Tribunal de Solución de Controversias siga el procedimiento que se emplea para elegir a los miembros del Consejo Directivo, es decir por Concurso Público.

Por último, se propone que los Presidentes de los Consejos Directivos informen anualmente al Congreso de la República a través de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, sobre el desempeño e impacto en temas como el servicio universal, la eficiencia y calidad del servicio, y el bienestar para los usuarios.

Tratamiento Presupuestal

La propuesta legislativa se fundamenta también en la necesidad del manejo eficiente de los recursos y pone de relieve el impacto negativo que implica el tratamiento presupuestal que se le ha impuesto a los organismos reguladores al haberlos insertado en SIAF-SP, y propone que la obligación de esta incorporación solo sea para informar sobre la ejecución financiera y presupuestal, y que estas entidades no estén sujetas a la aprobación previa del Ministerio de Economía y Finanzas en los siguientes aspectos: la disposición de sus

²⁶¹ El numeral 4 de la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 878-2011/CR, acertadamente sostiene que: "... el gerente general representa un órgano ejecutivo que debe llevar adelante las decisiones del Consejo Directivo, y no debe depender exclusivamente de su Presidente. Además, el gerente general ejerce en algunos casos facultades supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras como sucede en el caso de OSIPTEL, y sus decisiones son revisadas por el Consejo Directivo; de allí que su nombramiento deba ser efectuado por éste y no por el Presidente. Asimismo, el nombramiento del gerente general debe obedecer a una decisión de consenso, porque es la persona que propone los cuadros técnicos. Tanto en el derecho privado como en el derecho público es una regla que el gerente general es elegido por el directorio; conforme se encuentra previsto en el artículo 185° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades y en el artículo 24° de la Ley N° 26123, Ley Orgánica del Banca Central de Reserva del Perú, que establece que el gerente general es elegido por el directorio a propuesta del presidente del directorio. Ya anteriormente era una atribución de los consejos directivos de los organismos reguladores la elección del gerente general..."

²⁶² También se propone modificar los requisitos procurando extender a otros profesionales altamente calificados la posibilidad de concursar, al indicar que los tres (3) años de gestión requeridos puedan acreditarse al haber ejercido cargo administrativo o en la alta dirección, así también, se propone o la maestría o el doctorado en materia relacionada a la actividad objeto de competencia del organismo regulador.

²⁶³ El 4 de junio del presente mediante Resolución Ministerial N° 141-2013-PCM, se conforma la Comisión de Selección encargada de conducir el Concurso Público para la selección de postulantes al cargo de miembro del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la cual está constituida por 3 miembros permanentes (2 por la PCM y 1 por el MEF) y 1 miembro no permanente representante del regulador cuya plaza se concurre.

recursos financieros y presupuestales en cada etapa de ejecución del gasto, a la utilización del calendario de compromisos, y a contar con aprobación previa para la determinación de certificados, compromisos o devengados y el proceso de pago correspondiente; todo lo cual, se traduce en la optimización de la ejecución del presupuesto, el pago oportuno de las obligaciones contraídas y la confiabilidad sobre los acuerdos suscritos con terceros, incluso con el propio personal.

Esta parte de la propuesta de Ley, nutre sostenidamente nuestros argumentos en el presente estudio, donde nuestras hipótesis, una vez más son demostradas por esta iniciativa legislativa que busca otorgarles a los Organismos Reguladores, una verdadera autonomía en lo económico, financiero y presupuestal, dado el origen de sus recursos y la necesidad de obrar sin presión o traba. El control y la transparencia no se están cuestionando, por el contrario se indica, debe seguirse practicando desde las instancias que dispone el estado y la sociedad.

Amenaza de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

La propuesta legislativa también fortalece nuestro análisis de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, cuando sostenemos la amenaza que pesa sobre los reguladores (Capítulo III, numeral 3.7) al estar expuestos a una reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción por un Decreto Supremo; el presente Proyecto de Ley advierte del peligro y corrige aquello, propone exceptuarlos de esta fragilidad, e impulsa que estos cambios de ser necesarios se den, mediante la promulgación de una Ley a propuesta del Poder Ejecutivo, lo cual obviamente implica un amplio debate, análisis prolijo y consenso en su emisión.

Escala de Remuneraciones²⁶⁴

También se postula la eliminación de la limitación del monto de los sueldos para los funcionarios públicos de los organismos reguladores, al exceptuarlos de la aplicación de la norma restrictiva²⁶⁵ y facultar a la Autoridad Nacional del Servicio Civil a aprobar nuevas escalas remunerativas en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas. El planteamiento solventa nuestro análisis de la “debilidad” de OSINERGMIN, cuando en

²⁶⁴ Conforme lo expone el numeral 12 de la exposición de motivos del Proyecto materia de análisis, “... uno de los problemas que han enfrentado los organismos reguladores es que muchos de sus técnicos se han ido al sector privado por la limitación de los sueldos establecida por el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 038-2006, que dispuso un tope de 6 Unidades de Ingreso del Sector Público como máximo a percibir. Este decreto de urgencia no tomó en cuenta que los técnicos de los organismos reguladores son personas que cuentan con maestrías y doctorados, incluso en el extranjero, y que ello ha implicado invertir recursos en esa formación. Adicionalmente, ese tope no resulta atractivo en relación a las ofertas que se dan en el sector privado. Precisamente, en atención a dichas razones la Ley de Fortalecimiento de Sunat ha eliminado esa restricción para atraer a los mejores cuadros (Primera Disposición Final)...”

²⁶⁵ Decreto de Urgencia N° 038-2006, artículo 2°.

su Plan Estratégico 2010-2014 inserta la Incapacidad de competir con el sector privado en temas remunerativos, que tiene este regulador.

En conclusión, el Proyecto de Ley parte de la existencia de una injerencia política en la autonomía de los Organismos Reguladores, y reconociendo la importancia de estas entidades en la vida económica y social del país, propone que se fortalezca la autonomía que por ley ya se les ha conferido pero que en el devenir de la actuación de los Poderes del Estado, esta ha sido mermada, afectando su buen manejo institucional. El análisis de esta propuesta demuestra una vez más que nuestras hipótesis son válidas, y que existe una afectación a la autonomía y una necesidad de corregirla.

6.3 Análisis del Proyecto de Ley que propone el Fortalecimiento de la Regulación de los Servicios Públicos (N° 1056/2011-CR)

Esta iniciativa legislativa fue presentada en mayo del 2012 con el objeto de lograr el fortalecimiento de la regulación de los servicios públicos, afirmando que un marco regulatorio eficiente, *“solo es posible si los organismos reguladores verdaderamente cuentan con la autonomía necesaria que les permita mantener el enfoque técnico e imparcial respecto a las demandas de los distintos grupos de interés, manteniendo así la probidad de la administración pública, su independencia y desincentivando e impidiendo posibles conflictos de intereses”*²⁶⁶. Argumento sólido que solventa la posición del presente estudio, pone de manifiesto eventos perturbadores que le restan fortaleza al accionar de estas entidades; y, que abre la posibilidad del siguiente análisis.

El Proyecto de Ley propone fortalecer los siguientes aspectos:

Funciones

Plantea que los organismos reguladores también evalúen mercados y actividades que no se desarrollen en condiciones de competencia efectiva en colaboración con el INDECOPI, al cual le solicitará una opinión la misma que debe ser atendida. Este agregado tiene sentido porque la supervisión que se ejerce a los contratos de inversión comprende la necesidad de conocer la perspectiva de las tarifas que constituyen un elemento sustantivo en la propuesta para participar en una subasta de proyectos, licitaciones y opiniones favorables sobre proyectos en cartera.

²⁶⁶ Tomado del numeral 3 de la Exposición de Motivos del Proyecto N° 1056-/2011-CR, mayo 2012, pp. 3-4.

Fortalecimiento de la Autonomía Técnica

Se propone el nombramiento escalonado de los miembros de los Consejos Directivos con el objeto de una renovación secuencial que conserve la memoria institucional, y no caer en el clásico foja cero. Precisa los supuestos para la posible remoción por falta grave y el mejoramiento de las reglas de los procesos de selección, evitando dilaciones innecesarias, para lo cual establece responsabilidad por convocatoria y selección extemporánea. A efectos de elevar el grado de compromiso y responsabilidad en la gestión se establece que el Gerente General sea designado por Consejo Directivo a propuesta del Presidente, quitando así la subordinación o sujeción hacia el titular, compartiéndola con el pleno. En cuanto a la acreditación de estudios se debe dar preferencia a quienes posean doctorados sobre las maestrías, en ambos casos relacionados a la materia o actividad de competencia del ente, con lo que se incluye a un gran segmento de expertos que estudiaron en Europa donde la Maestría no es requisito para llevar un Doctorado. Se amplía la limitación para ser miembro del Consejo Directivo a los Directores de Línea y Asesores de la Alta Dirección de los sectores regulados, para evitar el conflicto de intereses entre el que posibilitó directa o indirectamente una inversión y su ulterior regulación y supervisión. Se indica que los miembros del Tribunal de Solución de Controversias sean elegidos mediante concurso público dando mayor transparencia a la conformación de estas salas.

Fortalecimiento de los Consejos de Usuarios

Se incluye dentro de las funciones de estos Consejos, la de realizar estudios referidos a la percepción del usuario sobre el desempeño de las entidades prestadoras o bajo el ámbito de su competencia reguladora, y difundir los resultados; se asume que el proceso a efectuar no debe superponerse a las actividades que ejecutan los Organismos Reguladores, sino complementar lo hecho o por hacer bajo la perspectiva de una alianza de visiones probablemente diferentes.

Mejoramiento de las capacidades y acciones de supervisión y fiscalización

Busca homogenizar las facultades de los reguladores para que todos puedan delegar sus funciones de supervisión y fiscalización a través del mecanismo de tercerización (La modalidad de OSINERGMIN y OSITRAN es la de contratación de Empresas Supervisoras); los costos de estos servicios serán con cargo a sus presupuestos, y tiene el propósito de mejorar su desempeño. Con esta facilidad se pretende dotar de flexibilidad y oportunidad a estas entidades para ejercer una supervisión no expuesta al procedimiento de contratación que genere sobrecostos como lo es cargar una excesiva planilla por actividades en estricto puntuales.

Fortalecimiento del aspecto económico, presupuestal y financiero.

Como hemos analizado en el capítulo V, es incongruente sostener ser autónomo si se está dentro del manejo presupuestal y financiero de la administración pública. La propuesta legislativa es clara al mencionar las implicancias negativas siguientes:

- i) El calendario de compromisos impuesto debe ser aprobado previamente por el MEF.
- ii) El proceso de ejecución presupuestal (compromiso, devengado y giro) en espera de que el MEF apruebe (o desapruebe) cada una de estas operaciones.
- iii) Las directivas del SIAF limitan los conceptos de gastos por tipo de operación a la administración pública de manera transversal sin considerar las particularidades de la función regulatoria.
- iv) Duplicidad de acciones, unas en el SIAF y otras en los sistemas propios de la gestión administrativa de los organismos reguladores.

Al respecto se propone:

- i) Que corresponda al Consejo Directivo aprobar las directivas de formulación, aprobación y ejecución presupuestal sobre la base de los lineamientos emitidos por la Dirección Nacional de Presupuesto Público; y seguir sujeto al control de la Contraloría General de la República, lo que confiere agilidad y versatilidad a los procedimientos y mejora la gestión.
- ii) Que los Organismos Reguladores mediante resolución del Titular pueda incorporar los saldos de balance de ejercicios anteriores a sus presupuestos. De manera que se disponga de recursos sin necesidad de seguir el tortuoso camino ante el MEF.
- iii) Que sea el Consejo Directivo de cada regulador el que apruebe su propio reglamento de adquisiciones y contrataciones, el cual debe de contar con la opinión previa del Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales.

Política Remunerativa

Como hemos expuesto, los cuadros técnicos de los reguladores son altamente calificados y dada las condiciones salariales limitadas por un Decreto de Urgencia a 6 Unidades de Ingreso del Sector Público como tope máximo, hay un debilitamiento en la permanencia de estos profesionales. El proyecto que analizamos propone que los Consejos Directivos de los organismos reguladores aprueben sus políticas remunerativas y de beneficios para sus trabajadores, y seguidamente se eleve a la Presidencia del Consejo de Ministros en virtud a lo que prevé el artículo 12º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores²⁶⁷. Los topes a consignar para estos nuevos salarios estarán en función a las

²⁶⁷ Ley Nº 27332, Artículo 12.- Política Remunerativa: La política remunerativa de los Organismos Reguladores se aprobará mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

remuneraciones existentes en el mercado de los sectores en los que actúan estas entidades, y su financiamiento debe estar totalmente asegurado.

Generar Mayor Transparencia y Eficiencia en el Mercado

Se propone que el aporte por regulación establecido en el Artículo 10 de la Ley Marco, se consigne en los comprobantes o recibos de pago, lo cual se sostiene, busca promover una recaudación eficiente; igualmente, que las empresas concesionarias pongan a disposición de los usuarios una adecuada red de cobro o recaudación, quedando a cargo de los Organismos Reguladores el establecimiento de los correspondientes parámetros, teniendo en cuenta las distancias entre los puntos de recaudación y los tiempos de espera que demanda el usuario para honrar su deuda.

Concluyendo el presente análisis de las propuestas legislativas encontramos sólidas coincidencias con nuestro estudio que una vez más evidencian la necesidad de reducir el riesgo de captura política de los organismos reguladores.

El distanciamiento que toman las propuestas N° 878/2011-CR y N° 1056/2011-CR sobre la que sugería una Superintendencia Multisectorial (N° 1467/2006-CR) se fundamentan en hechos tangibles expuestos a lo largo de la presente investigación y especialmente en los capítulos IV y V. En tal sentido arribamos al convencimiento de que nuestra realidad requiere de entidades autónomas e independientes del poder político, donde el criterio técnico, sea garantía de transparencia y tarifas adecuadas que impulsen el crecimiento y desarrollo socio económico de manera sostenida, donde prevalezca el bienestar de toda la comunidad y no solo de algunos grupos de poder o de presión. La autonomía constitucional es la mejor alternativa.

CONCLUSIONES

1. Afectación a la Autonomía

Se ha evidenciado en la presente tesis que las decisiones gubernamentales en materia económica y financiera generados principalmente por la emisión de dispositivos legales y el sometimiento a los sistemas administrativos y de gestión que el Estado aplica a toda la administración pública de manera transversal, ha afectado la autonomía del organismo regulador, al limitar la gestión y libre disposición de sus recursos económicos, financieros y presupuestales relativizando la autonomía que las leyes les han conferido, (Caso OSINERGMIN 2010-2012).

Se recomienda que la dación de este tipo de dispositivos y la implementación de los sistemas de administración y gestión pasen necesariamente por un análisis previo de las entidades o instituciones públicas a las que se les incluye en sus efectos, de forma tal que recogiendo e implementando las observaciones que surjan, no se afecte en su gestión.

2. Servicio Público y Experiencia Latino Americana

El análisis realizado ha mostrado que el bienestar de la sociedad está relacionado al acceso que se tenga a los servicios públicos, principalmente los de redes, por lo que el Estado cumpliendo su rol tutelar vela por su adecuada y oportuna prestación a través del ejercicio de la función regulatoria, con la finalidad de evitar que las cuestiones técnicas asociadas al funcionamiento del mercado le generen incentivos a las empresas a cargo de las operaciones para obtener rentas extraordinarias, ya sea mediante políticas de precios a clientes finales, negando el acceso a otros productores o manejando tendenciosamente la información.

Se ha ilustrado que en Latino América se crearon los organismos reguladores conforme se impulsaban los procesos de privatizaciones y concesiones como política de Estado con la firme aceptación de la superioridad de la eficiencia del sector privado sobre el sector público; la mayoría de estas entidades regulatorias son de carácter sectorial especializado, a excepción cuatro países (Costa Rica, El Salvador, Panamá y Uruguay) que tienen un conglomerado a cargo de varios servicios públicos. Los reguladores se caracterizan por gozar de cierta autonomía y financiar sus operaciones con recursos propios captados mediante una tasa (canon, contribución, arancel o aporte) aplicada a los concesionarios. Solo cuatro países (Chile, Honduras, México y República Dominicana), financian sus reguladores con sus arcas fiscales, por lo que su autonomía parte de una dependencia de orden político.

Los Organismos Reguladores del Perú, deben sustentar a las autoridades la necesidad de mantener la regulación por sector dada la especialidad, complejidad y muy relativa relación de interdependencia que existe entre dichas entidades, preservando su necesaria independencia y autonomía.

3. Autonomía e Independencia

Se ha mostrado que la Autonomía se refiere a la capacidad del regulador de manejarse por sí mismo, generando su propia estructura organizacional y administrativa enfocada a una mayor agilidad en el soporte que le presta al aspecto funcional técnico y a la estabilidad del ente para el ejercicio de sus funciones, atribuciones y competencias operacionales basadas en una conveniente planificación y distribución de los recursos

económicos y financieros, con la capacidad de asumir decisiones sobre su aplicación, en el marco de una obligación permanente de transparencia y rendición de cuentas acorde con el sistema nacional de control.

Las explicaciones desarrolladas ha evidenciado que el término Independencia no implica que los organismos reguladores estén absolutamente separados de los poderes del Estado, sino que existe una adecuada interdependencia con ellos donde el nivel jurídico que se les confiere, distingue la autonomía de la independencia, lo que significa que si bien pueden darse sus propias normas, éstas no pueden contradecir las disposiciones superiores o de la Constitución del Estado, que es Ley Suprema, por cuanto, los reguladores no constituyen un cuarto poder del Estado.

Se recomienda fortalecer la autonomía de los Organismos Reguladores mediante dos acciones concretas; la primera orientada a respetar las normas que le confieren esa facultad y sus prerrogativas, y la segunda, impulsando el análisis de las propuestas legislativas que procuran blindarlas de los vaivenes e inconsistencias contenidas en las acciones políticas.

4. Ley Marco de los Organismos Reguladores

Se ha mostrado que la creación de los organismos reguladores en nuestro país, respondió a la necesidad de acompañar la secuencia de los procesos de privatización y de concesiones de cada uno de los sectores comprendidos, y que a lo largo de su funcionamiento estas entidades cambiaron de adscripción como consecuencia de distintas interpretaciones políticas en cuanto a su esencia y diseño institucional, generando así las condiciones necesarias para la dación la “Ley Marco de Organismos Reguladores”; norma que los uniformizó y adscribió a la PCM definiéndoles las funciones que les corresponde ejercer, agregándoles responsabilidades supervisoras de post-privatización, y reafirmando que son organismos públicos autónomos.

Se recomienda que lo establecido en la Ley Marco de los Organismos Reguladores Ley N° 27332 y ratificado en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo Ley N° 29158, relacionado a la adscripción de los Organismos Reguladores a la Presidencia del Consejo de Ministros, se constituya en una disposición sólida e inamovible mediante la inclusión de los Organismos Reguladores en el TITULO III DEL REGIMEN ECONOMICO CAPITULO I PRINCIPIOS GENERALES de la Constitución Política del Estado: **“Artículo XX.- Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.- Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, son personas jurídicas de derecho público. Tienen autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica, y están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros”.**

5. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - LOPE

Se ha evidenciado que la LOPE pone en riesgo la estabilidad de los organismos reguladores al establecer en su artículo 28° su posible reorganización o fusión a través de un decreto supremo, norma que no siempre se fundamenta en criterios técnicos de largo alcance, sino para atender motivaciones políticas cortoplacistas; la LOPE no ha ponderado que en su creación, autonomía y competencias el aspecto esencial de los reguladores, es su alta especialización y sectorialización, por lo que va en dirección opuesta al diseño institucional al no concordar con sus características, y crearles inestabilidad frente a los inversionistas y empresas reguladas, a las cuales supervisa, fiscaliza y sanciona.

Para eliminar el riesgo de una reorganización o fusión sin basamento técnico sólido, se recomienda la dación de un dispositivo que modifique el segundo párrafo del Artículo 28º introduciendo un artículo en la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público 2014 que indique lo siguiente: **“Modifíquese el segundo párrafo del Artículo 28º Naturaleza, en los siguientes términos:**

Los Organismos Públicos son entidades desconcentradas del Poder Ejecutivo, con personería jurídica de Derecho Público. Tienen competencias de alcance nacional.

Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Públicos Ejecutores, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

2. Organismos Públicos Especializados, cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

En ambos casos, exceptuando a los Organismos Reguladores, su reorganización, fusión, cambio de dependencia o adscripción se acuerda por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros”

6. FODA Institucional

Se ha ilustrado que no constituyen fortalezas: la disponibilidad de recursos financieros para la ejecución de planes y programas, que el equipo directivo sea estable y le dé continuidad a la gestión, y que la política remunerativa sea más atractiva que la de otras organizaciones del Estado, porque OSINERGMIN no tiene libre disponibilidad de sus recursos financieros, no ha contado durante años con el número de miembros en su Consejo Directivo, y no puede comparar los ingresos de su personal altamente especializado con el resto del sector público de características notablemente diferentes.

Se ha evidenciado como debilidades que OSINERGMIN es una entidad incapaz de competir con el sector privado en temas remunerativos, que le falta desarrollar una mejor coordinación entre los órganos de línea y las áreas de apoyo, y que también le falta establecer mecanismos para coordinar y desarrollar sinergias entre las áreas de supervisión y regulación, debilidades latentes que aún no han sido resueltas o superadas.

Se ha mostrado como amenazas severas: la promulgación y propuesta de normas legales que afectan la autonomía funcional y económica de OSINERGMIN, y la Injerencia política que dificulta su desempeño.

El FODA como herramienta para la estructuración del Planeamiento Estratégico, está sujeta a la dinámica interna y a los efectos externos sean de la Política Pública, de los Inversores o del Contexto Internacional, por lo cual es recomendable su permanente actualización y adecuación a estos posible cambios.

7. Planes Operativos y Presupuestos

Se ha evidenciado que el Decreto de Urgencia N° 037-2010 obligó reprogramar el desarrollo de las actividades operacionales al establecer medidas restrictivas en materia económica y financiera para el cumplimiento de las metas físicas del ejercicio fiscal 2010 afectando la ejecución de planes, programas y metas presupuestales, y las acciones de supervisión y fiscalización, principalmente en las Gerencias de Línea de Fiscalización Eléctrica y de Fiscalización Minera.

Se ha mostrado que el presupuesto del regulador está sujeto a un marco normativo que le resta dinamicidad, flexibilidad y oportunidad de ejecución; por ejemplo, durante el periodo 2010 al 2012 se ejecutó menor presupuesto en relación a la capacidad de gasto

por las limitaciones impuestas en la fase de desarrollo, que hace que al final de cada ejercicio se generen importantes saldos de balance; ello constituye una severa restricción al normal ciclo presupuestario, tanto en tiempo como en disponibilidad de recursos.

Se recomienda que el Poder Ejecutivo evite la dación de dispositivos que dificulten sus funciones y de aquellos que vulneran la autonomía de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, y de los que disponen la apropiación de sus recursos económicos, financieros o presupuestales, así como, de aquellos que afectan el normal desarrollo de sus actividades de supervisión y fiscalización, necesaria para generar confianza en el mercado y en los inversionistas.

8. Gestión financiera bajo el control del Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público (SIAF-SP)

La presente tesis ha evidenciado los siguientes impactos negativos causados a OSINERGMIN, por habersele incorporado al SIAF-SP:

a) Los compromisos, devengados y giros (ejecución presupuestaria) están sujetos a varios niveles de aprobación restrictivos, una operación en línea demora horas e incluso días para lograr su viabilidad; además, este sistema de control está sometido a frecuentes actualizaciones que paralizan o ralentizan el normal flujo en sus tres fases.

b) Mediante directivas del SIAF-SP se establecen reglas y procedimientos que limitan los conceptos de gastos posibles por tipos de operación, sin considerar situaciones particulares que la función regulatoria exige, ya que se basan en experiencias en el manejo de recursos ordinarios de la administración pública, desconociendo que la tarea de los reguladores es de alta especialización, de respuesta inmediata y sin igual en nuestro medio.

c) Los Organismos Reguladores tienen que ejecutar procesos paralelos de registro de transacciones (compromiso, devengado y giro), puesto que cuentan con un sistema integrado de gestión administrativa interno (SIGA) que es utilizado para la elaboración de reportes cuyo análisis está orientado a su labor de regulación y supervisión, y por otro lado también cumplir con el ciclo SIAF-SP, generándose duplicidad de esfuerzos e incremento de gastos en tiempo, personal y servicios.

Se recomienda modificar las condiciones de incorporación de los Organismos Reguladores al SIAF – SP, de manera que su inclusión en dicho soporte informático sea exclusivamente para conocer y monitorear su manejo administrativo y financiero sin intervención del MEF en los niveles de autorización y aprobación de sus operaciones.

9. Gestión Presupuestaria, Saldos de Ejercicios Anteriores y Recursos Intangibles

La presente tesis ha evidenciado los problemas siguientes:

Crédito Suplementario (CS)

Que la gestión de los Créditos Suplementarios para incorporar recursos adicionales al Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) orientados a atender actividades adicionales y no previsibles, siguen un largo camino que puede superar los siete meses (7) hasta autorizarse, traslapándose con el proyecto de presupuesto del año siguiente que se gesta 6 meses antes de su apertura, complicando la atención de las labores del regulador, y llegando al extremo que cuando se aprueban e insertan al Presupuesto, su capacidad de ejecución es muy limitada por el plazo que resta en el ejercicio, lo que significa no

atender las nuevas necesidades, no ejecutar recursos, y bajar el porcentaje de efectividad de gasto anual.

Calendario de Compromisos (CC)

Que la ejecución del presupuesto no es inmediata ni automática, porque previamente se gestiona la probación de gastos mediante el Calendario de Compromisos. Hasta el 2010 era mensual y a partir del 2011 trimestral pero con carácter de ejecución mensualizada, creándose un problema de ejecución desde la apertura del año porque la primera aprobación de enero llega con retraso, el sistema (SIAF) lo autoriza con retraso y el regulador lo ejecuta con retraso, esto arrastra los meses siguientes que tienen que incorporar pagos no efectuados oportunamente, y así sucesivamente.

Saldos de Balance (SB)

Que los saldos de balance siendo recursos económicos de la institución, no son de libre disponibilidad, su posible uso por necesidades debidamente sustentadas deben seguir la ruta del Crédito Suplementario. Los recursos de esta cuenta han sido tomados por el poder ejecutivo para atender necesidades distintas a las del ente regulador. Ello ha vulnerado la esencia y espíritu de una verdadera autonomía institucional.

Recursos Intangibles (RI)

Que el poder ejecutivo mediante la dación de decretos de urgencia inconstitucionales, ejecutó una ilegítima apropiación de los ingresos por Aporte de Regulación violentando la autonomía de los Organismos Reguladores, y desconociendo el adecuado uso de estos recursos; la emisión de estos dispositivos dejó de lado que mediante Ley el propio poder ejecutivo en beneficio de otras entidades precisó el alcance de la intangibilidad de los recursos económicos y financieros, asegurando que estos *“...no pueden ser donados, embargados, rematados, dados en garantía, cedidos, afectados por medidas judiciales o administrativas, o destinados a cualquier otro fin...”*

Se recomienda otorgar a los organismo reguladores la facultad de operar como Entidad de Tratamiento Empresarial, decisión que se debe adoptar sobre la base de la necesidad de atender con celeridad sus operaciones presupuestales y financieras, y además porque los recursos que satisfacen sus necesidades son Recursos Propios, no se recibe dinero del erario nacional.

10. Gestión de Personal y Política Remunerativa

Se ha mostrado que el estar sujeto al control normativo de la administración pública, sin considerar que la labor regulatoria y supervisora exige personal altamente motivado y capacitado, donde la relación puesto persona no manifieste brechas ni en competencias ni aptitudes que afecten el rendimiento, le ha significado a la entidad la pérdida progresiva de experiencia y talento acumulado, por no poder competir con el sector privado una mejor oferta de salarios y así retener sus cuadros profesionales.

Se ha ilustrado en la presente tesis que la dependencia que tienen los Reguladores con el Estado implica que no pueden aplicar políticas remunerativas atractivas y concordantes con la especialización de la función que desarrollan, significándole que el personal de OSINERGMIN según cifras oficiales haya acumulado una disminución de su poder adquisitivo del 28.8% del 2001 al 2012; lo que aún se ha complicado más, al no exceptuárseles de la Ley del Servicio Civil recientemente aprobada y obligarlos a un tope salarial establecido por norma para toda administración pública.

Se recomienda la exclusión de los trabajadores y servidores de los Organismos Reguladores de los alcances de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil modificando la

Primera Disposición Complementaria Final en los siguientes términos: **“Trabajadores, servidores, obreros, entidades y carreras no comprendidos en la presente Ley. No están comprendidos en la presente Ley los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, así como los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, los Organismos Reguladores y la Contraloría General de la República ni los servidores sujetos a carreras especiales...”**

11. Gestión de Adquisiciones y Contrataciones

Se ha evidenciado que las normas de contrataciones públicas no ayudan a efectuar las mejores contrataciones especializadas que manejan los reguladores, al considerar el factor menor precio como determinante, es decir frente a dos o más alternativas “similares”, la de precio bajo lleva ventaja y no necesariamente es la mejor opción. Un ejemplo permite demostrar la diferencia y especialidad, no es igual contratar un servicio de vigilancia que uno para evaluar el impacto que ocasiona la rotura de un ducto de gas, ambos para la normativa son servicios y se califican y evalúan como tales.

Se ha ilustrado que haberse efectuado menores adquisiciones especializadas por efecto de un Dispositivo Legal (DU 037-2010) repercutió negativamente en el soporte a la supervisión y fiscalización de las actividades de los subsectores regulados (menores supervisiones y fiscalizaciones), y afectó al organismo con una menor ejecución de recursos presupuestales. Se agrava más el proceso de contratación porque sus plazos son extensos (desde 1 mes hasta los 5 meses), o incluso simplemente quedar desiertos.

Se recomienda que los Organismos Reguladores tengan su propio Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones en base a los Principios Generales de la Ley de Contrataciones del Estado, y adecuado a sus necesidades de contratar servicios especializados con topes en sus Procesos de Selección acordes al mercado nacional e internacional como potenciales proveedores de las Contrataciones propias de sus características; la Fiscalización del Órgano Supervisor de las Contrataciones Estatales y de la Contraloría General de la República, se constituyen en soportes básicos de esta propuesta.

12. Propuestas Legislativas Sobre el Fortalecimiento de los Organismos Reguladores

Proyecto Legislativo N° 1467/2006-CR

Se ha evidenciado que la propuesta de creación de una Superintendencia de Organismos Reguladores basándose en algunas experiencias latinoamericanas, no observa que las mismas en conjunto no presentan indicadores de Superficie, Población, y Económicos, comparables a los del Perú; y se ha ilustrado que la existencia de los organismos reguladores sectoriales independientes entre sí en nuestro país es necesaria, porque las características de suministro de servicios y de inversión en infraestructura básica son amplias y requieren de un tratamiento especializado que no se diluya en un aglomerado.

Se ha mostrado el afán controlista de esta propuesta legislativa porque sostiene que *“resulta de importancia la creación de un organismo que estando por encima de los reguladores pueda controlar el funcionamiento de los mismos...”*, es decir se busca fortalecer la Autonomía sino el “Control”, desconociendo que los Reguladores están sujetos a la Contraloría General de la República y a la Fiscalización del Congreso.

Además los considerandos de este proyecto legislativo solo comprenden una apreciación subjetiva y de corte político, su exposición de motivos no analiza el aspecto medular de la función Regulatoria de los Servicios Públicos y no dimensiona la alta especialización de cada uno de los organismos reguladores y de los servicios comprendidos en su ámbito de acción.

Proyecto de Ley N° 878/2011-CR

Se ha mostrado que este Proyecto de Ley valida y solventa nuestras hipótesis al proponer mediante la modificación de la Ley Marco, el Fortalecimiento de Institucional de los Reguladores, porque busca fortalecer los Consejos Directivos, la designación del Gerente General y el tratamiento presupuestal; asimismo, propone mejorar las escalas salariales, y blindar a estas entidades de la afectación de normas como la LOPE que posibilita reorganizar o fusionar de manera muy ágil a los Organismos Reguladores.

Proyecto de Ley N° 1056/2011-CR

Se ha ilustrado que esta iniciativa legislativa al fundamentar que **un marco regulatorio eficiente**, *“solo es posible si los organismos reguladores verdaderamente cuentan con la autonomía necesaria que les permita mantener el enfoque técnico e imparcial respecto a las demandas de los distintos grupos de interés, manteniendo así la probidad de la administración pública, su independencia y desincentivando e impidiendo posibles conflictos de intereses”*, solventa la posición del presente estudio al poner de manifiesto y proponer superar los eventos perturbadores que le restan fortaleza al desempeño de estas entidades.

Finalmente, se ha evidenciado que éstas dos últimas propuestas legislativas (N° 878/2011-CR y N° 1056/2011-CR) que buscan fortalecer a los organismos reguladores han validado nuestras hipótesis, además de distanciarse de aquella que sugería una Superintendencia Multisectorial (N° 1467/2006-CR) y fundamentar en hechos tangibles todo lo que se ha expuesto de la presente investigación; en tal sentido, arribamos al convencimiento de que nuestra realidad requiere que estas entidades sean verdaderamente autónomas e independientes del poder político, donde el criterio técnico, sea garantía de transparencia y tarifas adecuadas que impulsen el crecimiento y desarrollo socio económico de manera sostenida, donde prevalezca el bienestar de toda la comunidad y no solo de algunos grupos de poder o de presión.

Se recomienda priorizar el debate y análisis de las Propuestas Legislativas que en el seno de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República están a la espera de su discusión. Es imprescindible que en este proceso se recoja la opinión de expertos en Regulación de los Servicios Públicos, académicos, empresarios, usuarios y funcionarios de estas entidades, con el objeto de no sesgar el debate bajo un único criterio y obtener opiniones fundamentadas desde todos los stakeholders.

BIBLIOGRAFÍA

ABDALA, M. y SPILLER, P.

1999 Instituciones, contratos y regulación en Argentina. Temas Grupo Editorial S.R.L.

ABUSADA SALAH, R; y CUSATO NOVELLI, A.

2007 CRECIMIENTO E INSTITUCIONES EN EL PERÚ: 1970 – 2006, IPE - INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA, Lima.

ALVAREZ RODRICH, A.

1992 “Principios de empresas estatales y privatización”. Lima: Biblioteca Universitaria de la Universidad del Pacífico.

ARIAS, L; CUBA, E; y SALAZAR, R.

2007 La Sostenibilidad de la Política Fiscal en el Perú: 1970-2005, Banco Interamericano de Desarrollo Red de Centros de Investigación, Documento de Trabajo R-316, Macroconsult, S.A. PROYECTO RED DE CENTROS DE INVESTIGACION.

ARIÑO ORTIZ, G.

2010 Regulación Económica de los Servicios Públicos, “Sobre los entes regulatorios y su función arbitral” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores, 2010.

2006 “Logros y Fracayos de la Regulación”. En Revista Themis – Revista de Derecho N° 52. Lima.

1994 “Regulación económica y modelo de administración: La necesaria reforma institucional” en Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, vol. I Civitas, Madrid.

ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA, J.

2004 “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara Editores.

BARRANTES CÁCERES, Roxana

2008 “Las tendencias de la regulación de telecomunicaciones ¿Cuánta regulación es necesaria y para qué?”. En Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo N° 5. Año 3. Lima.

BARRANTES, R., TAMAYO, G., TÁVARA, J. Y ZAVALA, V.

2003 Las privatizaciones en una época de reforma estructural: El caso peruano. En: Chong, A. y Sánchez, J. (Eds.). Medios privados para fines públicos: Participación privada en infraestructura en América Latina. pp. 247 – 318. (BID y RCI).

BEL GERMA.

1996 Privatización y desregulación: Cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia” En Bel, G. (comp.) “Privatización, desregulación y ¿competencia? Editorial Civitas, Colección Economía.

BENDEZÚ, L.; GALLARDO, J. y VÁSQUEZ, A.

2005 “La Problemática de los Precios de los Combustibles”. Documento de Trabajo N° 11, Oficina de Estudios Económicos - OSINERG.

BID (Banco Interamericano de Desarrollo).

2003 Medios privados para fines públicos: Participación privada en infraestructura en América Latina. Washington, DC.: BID (Banco Interamericano de Desarrollo).

BLUME ROCHA, ALDO

2011 Los Decretos de Urgencia de Alan García: El Abuso y la Usurpación de la Facultad Legislativa por parte del Poder Ejecutivo, Balance constitucional de los decretos de urgencia expedidos durante el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez, Primera edición, noviembre 2011, Instituto de Defensa Legal, Lima – Perú.

BORJA COLÓN DE CARVAJAL, F

2010 Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales: Derecho Administrativo, 2010, tomado del enlace electrónico:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/201010-654321987852.html>.

BOVEN, MARK

1998 "The Quest for Responsibility, Accountability and Citizenship in Complex Organizations", Cambridge, Cambridge University Press.

BREYER, STEPHEN G.

2006 "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma". En Revista Themis – Revista de Derecho N° 52. Lima.

BROWN, A.

2003 "Regulators, Policy-makers, and the Making of Policy": Who Does What and When Do they Do it? *International Journal of Regulation and Governance*, vol. 3 (1), pp. 1-11.

BULLARD GONZÁLES, A.

2003 Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra. Primera Edición.

2010 Regulación Económica de los Servicios Públicos, "El Estado soy yo, Arbitraje y Regulación" Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores.

CASTILLO MAZA, J.

Evaluación del Proceso de Privatización de las Empresa de Servicios Públicos 1991-2000. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/administracion/v05_n9/evaluacion_proceso.htm#.

CAVE y BALDWIN,

1999 Understanding, regulation, theory, strategy, and practice, Oxford University Pres.

COMADIRA, JULIO.

1996 "Reflexiones sobre la regulación de los servicios privatizados y los entes reguladores" (con especial referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss) Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2002 Informe Final de la Comisión de Investigadora sobre los Delitos Económicos y Financieros cometidos entre 1990-2001.

CONFIEP – INSTITUTO APOYO

"Agenda Pendiente de Reformas en el Perú 2008". La CONFIEP con la colaboración del y del Center for Internacional Private Enterprise-CIPE.

CRABTREE, J.

2005 Alan García en el poder. Perú 1985 – 1990. Lima: PEISA.

CHINCHILLA, C.

2000 "Dos grandes momentos en cien años de derecho administrativo: la década de los cincuenta y la Constitución de 1978", en AA.VV., El Derecho español en el siglo XX. Colección Garrigues y Andersen, Marcial Pons, Madrid.

DAMMERT, A.

2008 Lecciones aprendidas de las reformas implantadas en el sector energético en Iberoamérica. Las buenas prácticas en la regulación. Publicado en: Energía y Regulación en Iberoamérica, ARIAE. vol I, editado por José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez. Editorial: Thomson Reuters–Civitas.

Link: <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=550245031616>.

2008 Regulación de la calidad. Publicado en: Energía: Desarrollos Regulatorios en Iberoamérica, ARIAE, XII Reunión Anual Iberoamericana de Reguladores de la Energía. Editado por José Luis García Delgado. Editorial: Thomson Reuters–Civitas.

Link: http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/coediciones/coed_thomson_cne5.pdf.

DAMMERT, A. GARCÍA, R.

2011 El rol del Estado en el acceso igualitario a los servicios públicos: evaluación y agenda pendiente. Publicado en: *Desigualdad Distributiva en el Perú: Dimensiones*, editado por Janina León Castillo y Javier Iguíñiz Echevarría, primera edición. Editorial: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DAMMERT, A. GARCÍA, R. y MOLINELLI, F.

2008 Regulación y supervisión del sector eléctrico. Editorial: Fondo Editorial de la PUCP.

DAMMERT, A. MOLINELLI, F. y Carbajal, M.

2011 Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano, Editorial: OSINERGMIN. http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Fundamentos%20Tecnicos%20y%20Economicos%20del%20Sector%20Electrico%20Peruano.pdf.

DANÓS ORDOÑEZ, J.

El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana, artículo publicado en THEMIS Revista de Derecho N° 55 Año 2007 - 24 de agosto.

2010 Regulación Económica de los Servicios Públicos, “La función que cumplen los Organismos Reguladores de Servicios” Dos décadas de Regulación de Servicios Públicos en Iberoamérica, ARA Editores.

ESCALANTE SEMERENA, R.

2009 Heterodoxia versus ortodoxia - Gaceta de la Facultad de Economía de la Universidad Autónoma de México. Número 28, Nueva Época.

ESTACHE, A. Y MARTIMORT D.

1998 “Transaction costs, politics, regulatory institutions, and regulatory outcomes”. EDI Regulatory Reform Discussion Paper. Washington, D.C: World Bank.

FERNÁNDEZ-BACA, J.

2004 Tres Preguntas Básicas sobre Privatización y Regulación. En: Fernández-Baca, J. (Ed.). Experiencias de Regulación en el Perú. pp. 15 - 36. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.

FERRÉS RUBIO, R.

Hacia un Nuevo Concepto de Servicio Público: liberalización y competencia.

<http://www.ucu.edu.uy/LinkClick.aspx?fileticket=Xq6YzfoBnLQ%3D&tabid=114&mid=3287>

GILARDI, F.

2001 “*Policy Credibility, Interdependence and Delegation of Regulatory Competencies to Independent Agencies: A Comparative Empirical Consideration*”, Paper presentado en 29th ECPR Joint Session of Workshop, France. April 6-11, 2001.

GOLDSTEIN A. Y LINHARES J.

2003 “Analysing privatisation in Brazil: The role of independent regulatory agencies”. Documento presentado en Annual Bank Conference on Development Economics, Europe

GRAHAM, C.

1998 “Is there a Crisis in Regulatory Accountability?”, Baldwin, R., Scott, C. y HOOD, C., A Reader on Regulation, Oxford University Press.

GUASCH, J Y SPILLER, P.

1999 “Managing the regulatory process: design, concepts, issues, and the Latin America and Caribbean story”. The World Bank, Washington D.C.

GUASH, J. y HAHN, R.

1997 "The costs and benefits of regulation: Implications for developing countries", The World Bank Research Observer.

GUPTA, P.; LAMECH, R.; MAZHAR, F. Y WRIGHT, J. MITIGATING

2002 Regulatory risk for distribution privatization. The World Bank Part Risk Guarantee.

GUZMÁN, C.

2003 Las Relaciones de Gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

HOCES VARILLAS, VÍCTOR AURELIO

2011 "Texto se Economía Pública".

http://www.unac.edu.pe/documentos/organizacion/vri/cdcitra/Informes_Finales_Investigacion/Dicembre_2011/IF_HOCES%20VARILLAS_FCE.pdf.

INOSTROZA FERNÁNDEZ, L.

Las Reprivatizaciones Como Proceso a Nivel Mundial, Gestión y Estrategia, Dpto. de Administración Edición Internet. <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num1/doc7.html>.

INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA

(www.ipe.org.pe) "Consecuencias económicas de la "revolución" de Velasco":

<http://www.ipe.org.pe/wp-content/uploads/2009/07/revolucion20velasco.pdf>.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY-IEA

2001 Regulatory institutions in liberalized electricity markets, París, OECD/IEA.

JADRESIC, ALEJANDRO; BLANLOT, VIVIANNE; SAN MARTÍN, GREGORIO;

2001 La Nueva Regulación. Dolmen Ediciones. Santiago de Chile.

JOHANSEN, K.

2003 "Regulatory Independence in Theory and Practice – a Survey of Independent Energy Regulators in Eight European Countries", AKF Forlaget.

LAS HERAS, M.

1999 "La regulación económica de los servicios públicos". Editorial Ariel S.A, Barcelona.

LEVY, B. Y SPILLER, P.

1993" Regulation, institutions, and commitment in telecommunications: a comparative analysis of five country studies". Proceedings of The World Bank Annual Conference on Development Economics.

LEYVA FLORES, R.

2007 El reconocimiento constitucional de la autonomía de los órganos reguladores. Análisis desde el enfoque de los fallos de la regulación, Universidad: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Especialidad: Derecho.

MAGIDE HERRERO, M.

2000 "Límites Constitucionales de las administraciones independientes", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

MAJONE, G.

1994 "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, vol. 17 (3), pp. 77-101.

1996 "Regulating Europe, Routledge".

Mmdeleon@Sinfo.Net,

Las Estrategias de Relaciones Públicas en el Proceso de Modernización del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación de Panamá, trabajo enviado por:

<http://www.monografias.com/trabajos/rhepanama/rhepanama.shtml>.

MCKEINNEY, JEROME Y LAWRENCE HOWARD

1998 Public Administration. Balancing Power and Accountability, 2a. ed., Connecticut y Londres, Westport.

MILL, JOHN STUART

“On Liberty”, en <http://oll.libertyfund.org/title/233>. (Generado el 3 de noviembre del 2010).

MOSTAJO GUARDIA, ROSSANA

2002 “El Sistema Presupuestario en el Perú” págs. 6-7, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES – 2002 Publicación de las Naciones Unidas a través de la CEPAL –Serie Gestión Pública N° 17.

NORTH, D. C.

1990 “Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, Cambridge, Nueva York, Port Chester, Melbourne y Sydney, Cambridge University Press.

OBERLANDER, S.

2001 Indicators of independence in regulatory commissions. Telecommunications Policy Research Conference.

OCAÑA, C.

2003 “Trends in the Management of Regulation: a Comparison of Energy Regulators in Member Countries of the OECD”, *International Journal of Regulation and Governance*, vol. 3 (1), pp. 13-32.

OCDE

1997 Regulatory Impact Analysis. Best Practices in OECD Countries, París, OECD.

2002 Regulatory Policies in OECD Countries. From Interventionism to Regulatory Governance, París, OECD.

2005 “Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for high Quality Regulation, Proceedings of an Expert Meeting”, UK, OECD.

O’DONNELL, GUILLERMO

1994 “Delegative Democracy, Journal of Democracy”, vol. 5, núm. 1.

1999 “Horizontal Accountability in New Democracies”, en Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner (eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder y Londres, Lynne Rienner, pp. 29-51.

OGUS, ANTHONY.

2002. Comparing regulatory systems: Institutions, processes and legal forms in industrialised countries. University of Manchester, Centre on Regulation and Competition, Working Paper Series, Paper N° 35.

2007 Estructuras e Instituciones Regulatorias, p. 10, artículo publicado en THEMIS-Revista Derecho 54, Año 2007.

OSBORNE, D. y GAEBLER, T.

1994 La Reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público, Barcelona, Paidós.

OSINERGMIN

2010 “El Servicio de Excelencia en la Gestión Pública: Caso OSINERGMIN”.

PARGAL, S.

2003 “Regulation and private sector investment in infrastructure: Evidence from Latin America”. World Bank Policy Research, Working Paper 3037.

PARKIN, MICHAEL

2004. Economía. 6ª Edición. México: Pearson Educación.

PASCÓ-FONT, A. Y SAAVEDRA, J.

2001 Reformas Estructurales y Bienestar. Una Mirada al Perú de los noventa. Lima: GRADE (Grupo de Análisis para el Desarrollo).

PELTZMAN, S.

1976 "Towards More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, pp. 211-240.

PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO

1995 "Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y control en la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional". Buenos Aires: Depalma.

PÉREZ-REYES ESPEJO, R.

2006 Introducción a la Regulación de las Tarifas de los Servicios Públicos, Documento de Trabajo N° 22, preparado por la Oficina de Estudios Económicos de Osinergmin.

2008 Regulación y funcionamiento del sector de la energía en el Perú, Publicado en: Energía y Regulación en Iberoamérica, ARIAE. vol. II, editado por José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez. Editorial: Thomson Reuters–Civitas.

Link: http://www.ariae.org/download/sistemas_energeticos/peru.pdf.

2008 Política de precios y subsidios. Publicado en: Energía y Regulación en Iberoamérica, ARIAE, vol. I, editado por José Luis García Delgado y Juan Carlos Jiménez, Editorial: Thomson Reuters–Civitas. Link: <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.exe?CMD=VEROBJ&MLKOB=550245031616>.

PÉREZ-REYES, R. y GALLARDO, J.

2004 "Diseño Institucional y Desconcentración de los Organismos Reguladores" Documento de Trabajo 09 Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN 2004.

http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/DT09DisenhoInstitucionalOrganismosReguladores.pdf.

PÉREZ-REYES, R. y GARCÍA, R.

2005 El costo del capital en industrias reguladas: una aplicación a la distribución de electricidad en el Perú. Editorial: OSINERGMIN. Documento de Trabajo N.º 19, Oficina de Estudios Económicos.

Link: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/DT19_OSINERG.pdf.

PRZEWORSKI, ADAM, SUSAN C. STOKES Y BERNARD MANIN (eds.)

1999 "Democracy, accountability and Representation", Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press.

QUINTANILLA, E.

2004 Autonomía institucional de los organismos reguladores: Revisión de Literatura, Documentos de Trabajo, N.º 14, Programa Doctoral en Administración y Dirección de Empresas ESADE-ESAN.

2005 Autonomía del organismo regulador de energía de Perú: un estudio de caso Edwin Quintanilla Acosta Universidad: Universitat Ramon Llull, Especialidad: Doctor of Management Sciences. http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Tesis%20Edwin.pdf

RAE

2013 Vigésima Tercera Edición, <http://www.rae.es/rae.html>.

REYNA ALFARO, L. M. Y VENTURA SAAVEDRA, K. "Los Servicios Públicos En El Perú: Una Visión Preliminar". <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/25.pdf>.

ROGOZONSKY, J.

1994 "La privatización de empresas paraestatales", México, Fondo de Cultura Económica.

SALAZAR, F.

2008 "Retos pendientes y nuevos retos regulatorios en la región Latinoamericana". Capítulo 19. Energía y Regulación en Iberoamérica, Vol. I. Thomson Civitas, Madrid.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, J.

2004 Servicios Públicos, Regulación y Constitución Ensayo publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 57. Año XIX. (Ed. 2004: 40). Lima.

SCHEDLER, ANDREAS.

1999 "Conceptualizing Accountability", en Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner (eds.), *The Self Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder y Londres, Lynne Rienner.

2004 ¿Qué es la rendición de cuentas?, México, IFAI.

SECRETARÍA DE GESTIÓN PÚBLICA PCM

2010 Memoria del Proceso de Implementación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – "LOPE", elaborado en colaboración de la GTZ (Cooperación Alemana para el Desarrollo), <http://www.gobernabilidad.org.pe/>.

SIFONTES, D.

2003. Regulación económica y agencias regulatorias independientes: Una revisión de la literatura. <http://www.euromed.net/ce/ds-regulat.htm>

SMITH, W.

1997 "Utility regulators- The independence debate". En *Public Policy for the private sector*, No 127 The World Bank Group.

2000, Regulating infrastructure for the poor: perspectives on regulatory system design. *Infrastructure for Development, Private Solutions and the Poor*, London 31 May. - 2 Jun.

SPILLER, P.

1998 "El porqué de la regulación de los servicios públicos". Cuaderno N° 2, Fundación Sociedad y Gobierno. Argentina.

SPILLER, P. y TOMASSI, M.

2004. The institutions of regulation. An application to public utilities. En: Ménard, Claude y Shirley, Mary M. (eds). *Handbook of new institutional economics*. Berlín: Springer.

SPULBER, D.

1989 "Regulation and markets". The MIT Press.

STAKE, R.

1995 *The Art of Case Study Research*. SAGE Publications.

STARK, C.

2001 "Regulación, agencias reguladoras e innovación de la gestión pública en América Latina", en Spink P., Longo F. y otros "Nueva Gestión Pública y regulación en América Latina. Balance y Desafíos". Caracas. CLAD, 2001.

STEEL, D. y HEALD, D. (eds.),

1984. "Privatizing Public Enterprises: Options and Dilemmas", Londres, Royal Institute of Public Administration.

STERN, J.

1997 "What makes an independent regulator independent?. *Business Strategy Review*, 1997 Volume. 8, Issue 2, Summer, pp 67-75.

STERN, J. Y HOLDER S.

1999 "Regulatory governance: criteria for assessing the performance of regulatory systems. An application to infrastructure industries in the developing countries of Asia". *Utilities Policy* 8(1999), pp. 33-50.

STERN, J., LEVINE, T. y TRILLAS, F.

2002 "Independent Utility Regulators: Lessons from Monetary Policy". Regulation Initiative Working Paper Number 52.

STIGLER, GEORGE.

1971 "La teoría de la regulación económica". En Bel, G. (comp.) "Privatización, desregulación y ¿competencia? Editorial Civitas, Colección Economía, 1996.

STIGLITZ, JOSEPH

1998 "Distinguished Lecture on Economics in Government: The Private Uses of Public Interests: Incentives and Institutions", Journal of Economic Perspectives, vol. 12, núm. 2, pp. 3-22.

1988 La Economía del Sector Público, Barcelona: A. Bosch.

TANAKA, M.

1998 Los espejismos de la democracia: El colapso del sistema de partidos en el Perú, 1980 – 1995, en perspectiva comparada. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

TASSANO VELAOCHAGA, H.

2011 "La Vulneración de la Autonomía de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos en el Perú" VI Congreso IBEROAMERICANO Sobre Regulación, Gestión y Control de los Servicios Públicos – ASIER Mendoza – Argentina 23, 24 y 25 de noviembre.

2009 Los organismos reguladores de servicios públicos. Diseño regulatorio. Teoría y práctica. Publicado en: Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Energía, N.º 4. Link: http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/revistas_CEDDET/2009_1_semestre/energia_1_semestre_2009_n_4.pdf.

2010 Tribunal especial económico para servicios públicos, Publicado en: Revista de Economía y Derecho, UPC, vol. 7, N.º 25, revista especializada.

TAWIL, G.

2001 "Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria". Presentado en VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Buenos Aires, 5-9 Noviembre, 2001.

URBIZONDO, S. ARTANA D. Y NAVAJAS, F.

1998 "La autonomía de los entes reguladores Argentinos: Agua y cloacas, gas natural, energía eléctrica y telecomunicaciones". BID. Research network working paper.

UGAZ, C.

2002. Consumer participation and pro-poor regulation in Latin America. United Nations University.

URRUNAGA, ROBERTO, y BONIFAZ, JOSÉ

2006 Regulación y concesiones de servicios públicos, CIES Consorcio de investigación económica y social, y la Universidad del Pacífico.

VARGAS, MAURICIO

1993 Privatización de servicios públicos. El caso de los servicios de Salud en Costa Rica. Vol.35, No. 2

VÁSQUEZ CORDANO, A.

2002 Las características técnico-económicas de las industrias de servicios públicos, Publicado en: ECONODÉMICA: Revista de Economía, vol. 1, N° 1, pp. 135-151.

2003 Una disertación sobre los vínculos entre el crecimiento económico y la infraestructura de servicios públicos en el Perú, Universidad: Pontificia Universidad Católica del Perú, Especialidad: Economía. Versión en Libro: "Crecimiento e Infraestructura de Servicios Públicos en el Perú: Un Análisis Macroeconómico y Regional entre los años 1940 y 2000." Editorial: Editorial Académica Española. Link:

http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Disertac%20sobre%20los%20Vinculos%20entre%20el%20Crec%20Econ%20y%20la%20Infra%20de%20SSPP.%20Resumen.pdf

VERGÉS I JAIME, J.,

1993 “Las privatizaciones de empresas”, Barcelona, Eada Gestión.

VELJANOVSKI, C.,

1987 “Selling the State: Privatization in Britain”, Londres, Weidenfeld and Nicolson.

VICKERS, J. y WRIGHT, V. (eds.),

1989 The Politics of Privatization in Western Europe, Londres, Frank Cass.

VIGNOLO, O. (coord.)

2009 “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”, en Teoría de los Servicios Públicos, Grijley, Lima.

VIRÁG, G.

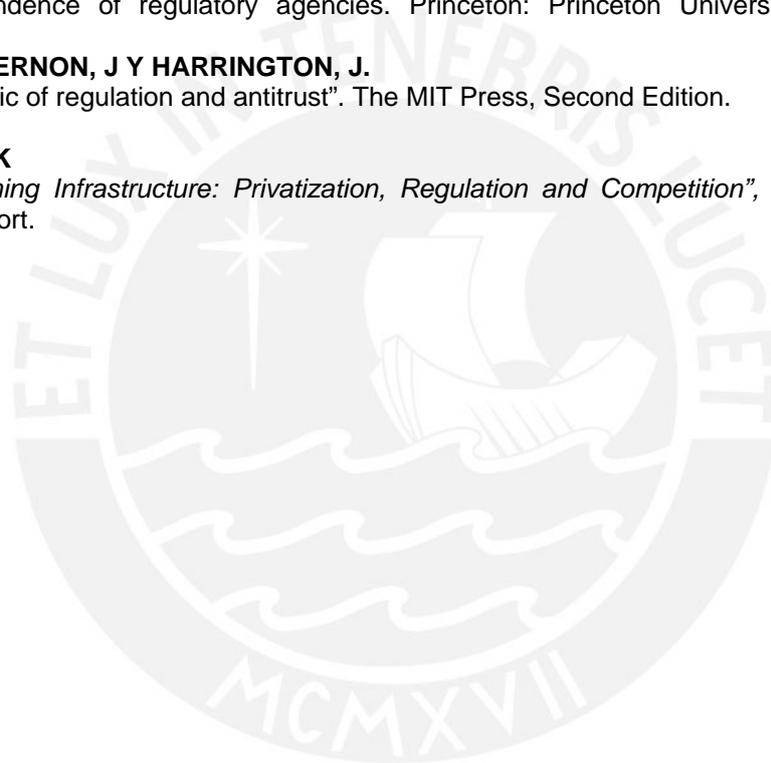
1998. Independence of regulatory agencies. Princeton: Princeton University, Department of Economics.

VISCUSI, K VERNON, J Y HARRINGTON, J.

1995 “Economic of regulation and antitrust”. The MIT Press, Second Edition.

WORLD BANK

2004, “*Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation and Competition*”, World Bank Policy Research Report.



ANEXOS**Anexo Nº 1****Cuestionario para Entrevistas**Dirigido a:

Alta Dirección de los Organismos Reguladores (5)
Personal Operativo de los Organismos Reguladores (10)
Académicos (5)
Concesionarios (5)
Usuarios de los Servicios Públicos (5)

Procedimiento:

Se preparó una relación de Funcionarios de los Consejos Directivos en actividad y en cese.
Se listó a los servidores a cargo de los sistemas administrativos de los Organismos Reguladores.
Se listó profesores y expositores de la Maestría de Regulación de Servicios Públicos.
Se tomó cuatro empresas concesionarias.
Se ha entrevistado a usuarios varones y mujeres entre los 25 y 60 años de edad con formación profesional.
Se preparó un total de 24 preguntas.

Desarrollo:

Agradecimiento al entrevistado por su colaboración.
Breve exposición del objeto del Trabajo de Investigación.
El uso grabación ha sido únicamente cuando el entrevistado lo permitía.
Las entrevistas y desarrollo del cuestionario se inician en Agosto del 2012 y concluyen en Mayo 2013.
Se dejó (deja) la libertad de responder en forma escrita a pedido del entrevistado, cuando ello fue solicitado. Fundamentalmente, se tomó nota escrita y leyó al entrevistado lo anotado, corrigiendo o ampliándose lo que correspondía.
Total de entrevistados, 30 personas.

Preguntas:

1. La privatización y concesión de los servicios públicos en nuestro país tiene varios años, entre los 15 y 20 años, ¿Cuál es su evaluación en términos de cobertura, calidad y tarifas luego de todos estos años? ¿Es cierto lo que se sostiene que hay una mejora comparativa entre un antes y un después?
2. Las tarifas no satisfacen a los consumidores, registrándose un gran número de reclamos por el cobro en exceso o indebido. ¿Se puede atribuir al Organismo Regulador parte de la responsabilidad ante esta situación? ¿Es posible crear condiciones de rentabilidad a los inversionistas y a la vez exigir servicios públicos de calidad? ¿Cuáles considera que son los principales factores que se toman en consideración al momento de establecer las tarifas?
3. ¿Cree usted que en el país hay profesionales que posean las cualidades profesionales y morales parara llevar a cabo procesos regulatorios limpios, o cree necesario mejorar los canales de participación ciudadana? ¿Mejorar quizá sus honorarios profesionales?
4. ¿Cree usted que hay oportunismo gubernamental que afecte la regulación de tarifas?
5. Uno de los principales problemas tarifarios es cómo aplicarlo en zonas rurales, donde hay poca expectativa del inversionista, con lo cual es muy difícil garantizar el servicio

universal. Uno de los mecanismos usados es el de los subsidios. Considera qué es la única o la mejor manera, por ejemplo el FISE.

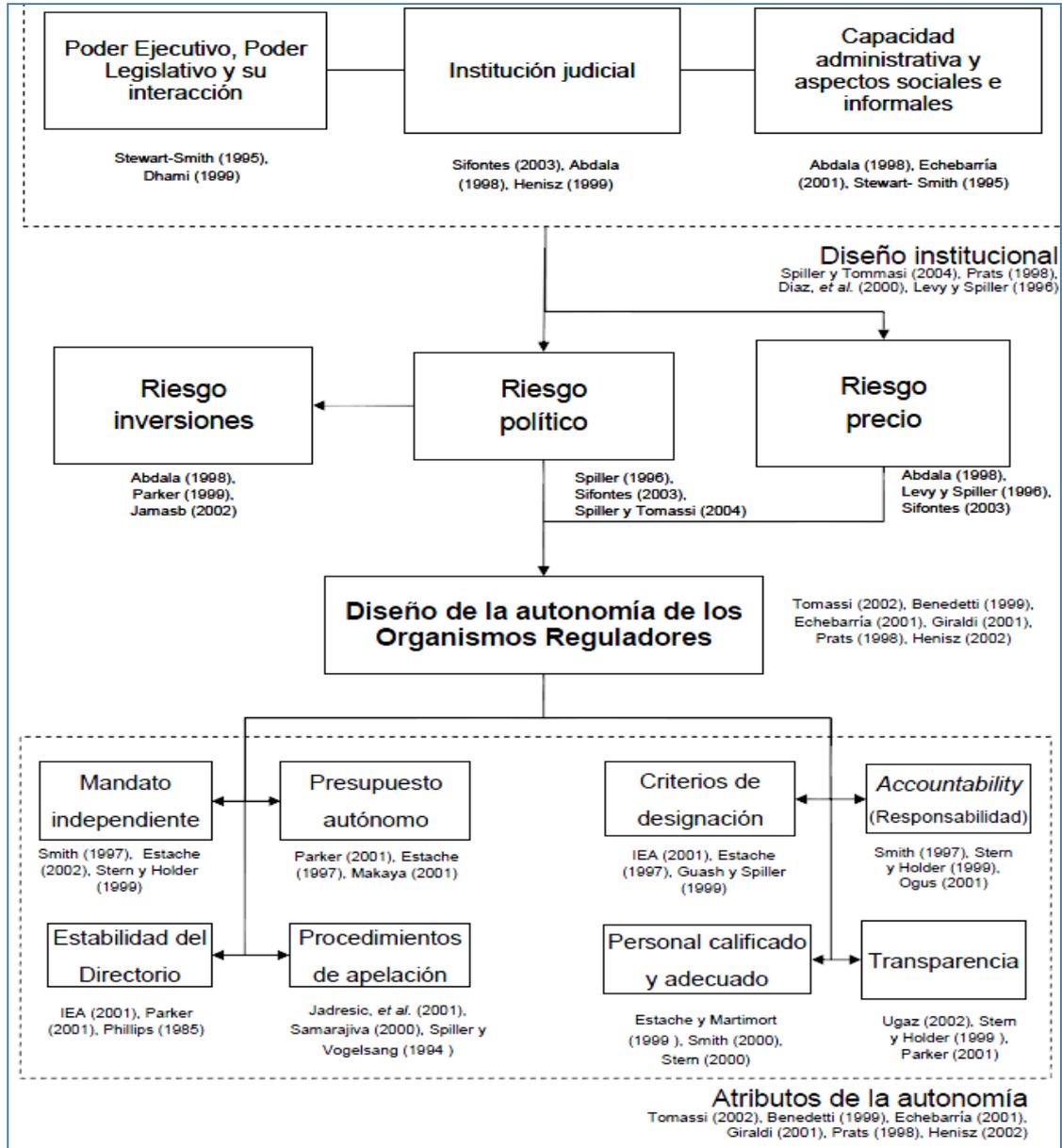
6. El Perú es institucionalmente débil, donde el riesgo de inversión en servicios públicos, se acentúa por lo elevado de sus costos hundidos. ¿Considera que un mecanismo de protección al empresario es un Contrato Ley, un tratamiento tributario especial, o que la SUNAT no sea tan rigurosa como lo es con los contribuyentes menos poderosos?
7. ¿Cree usted que la población tiene confianza o credibilidad en la actuación del organismo regulador? ¿Cree que esta confianza o desconfianza, credibilidad o incredibilidad puede poner en riesgo el modelo concesionario y privatizador iniciado hace 20 años, hay alguna posibilidad de volver a ser estatista?
8. Los Organismos Reguladores (OSIPTEL, SUNASS, OSINERGMIN y OSITRAN) conforme está establecido en sus normas velan por el correcto servicio de las empresas que se encuentran bajo su ámbito de competencia ¿Podríamos afirmar que realizan una función de protección al consumidor de manera “indirecta” al encargarse del buen funcionamiento de las empresas de sectores regulados?
9. Es posible demostrar que los organismos reguladores están expuestos al riesgo de ceder o verse influenciado en sus decisiones debido a la presión ejercida por parte del gobierno, de las empresas reguladas o de los propios consumidores ¿Cómo cree posible cambiar esta situación de los reguladores?
10. ¿Cree que hay organismos reguladores más proclives a la influencia política o del inversionista? ¿O todos están expuestos en la misma medida?
11. ¿Qué debe abarcar la Autonomía del Regulador? ¿Cree de importancia clave que un organismo regulador goce de autonomía? ¿Por qué?
12. ¿Recuerda algún evento que haya afectado negativamente la autonomía de los organismos reguladores en el Perú?
13. ¿A través de qué mecanismos los gobiernos pueden interferir en el desempeño de las funciones del Organismo Regulador? ¿Considera que entre los años 2010 al 2012 hubieron intentos de injerencia?
14. Los Organismos Reguladores están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, tienen relación sectorial con su Ministerio, están vinculados al Ministerio de Economía y Finanzas, acuden al Parlamento cada vez que son convocados. ¿Cree usted que esas relaciones son favorables a una actuación imparcial de los organismos reguladores?
15. ¿Cómo los Poderes del Estado, sea el Ejecutivo, Legislativo o Judicial, pueden condicionar o afectar el grado de autonomía que la norma le confiere al organismo regulador?
16. La administración pública es vista como lenta e ineficiente, ya sea porque no cuenta con los medios, las personas o la metodología de trabajo adecuadas, o contando con todo ello, porque no es estable en relación al poder político. ¿Cree que la actuación de un Organismo Regulador será oportuna y eficiente si está sometida a las mismas reglas de juego (procedimientos de trabajo) que el resto del aparato público?
17. Los sistemas administrativos de la gestión pública tienen entre otros propósitos, el de controlar el flujo económico y financiero, así como la calidad del gasto. ¿Cree usted que

ello puede afectar o favorecer la eficiencia y calidad de servicio de los Organismos Reguladores? ¿Tiene alguna relación?

18. No solo el segmento político puede interferir en la autonomía del organismo regulador, también puede y de hecho lo hace el concesionario o inversionista. ¿Cuál debe ser la relación de las empresas con el organismo regulador? ¿Cree que se afecta de esta manera el servicio público involucrado?
19. Las normas de los Organismo Reguladores les confiere autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera ¿Cómo calificaría el grado de autonomía que realmente se practica en la relación con el Estado?
20. El establecimiento de un techo presupuestal a través de la Dirección de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas como si el presupuesto de los reguladores tuviese su sustento en los Recursos Ordinarios del Tesoro Público, obviando que los mismos se financian con el denominado "aporte por regulación" que recaudan de las empresas y entidades bajo su ámbito, ¿es una medida que atenta contra la Autonomía Económica y Financiera de los Organismos Reguladores? ¿Por qué?
21. El SIAF-SP (Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público) ¿contribuye a una mejor gestión del proceso financiero de los Organismos reguladores?
22. La obligación de realizar las adquisiciones de bienes y servicios dentro de los parámetros de las normas de contrataciones estatales con las limitaciones que al sector público dependiente de los Recursos Ordinarios les establece, ¿contribuye en la gestión de los Organismos Reguladores? ¿Es posible bajo este esquema lograr contrataciones altamente especializadas propias de la labor fiscalizadora y supervisora del organismo?
23. ¿La emisión de Decretos de Urgencia que disponen la transferencia de recursos financieros de los Organismos Reguladores a otras dependencias del Estado, afectan la autonomía del regulador? ¿En su opinión, serían una forma disfrazada de confiscar recursos?
24. ¿Deberían tener los OR autonomía constitucional? ¿Por qué?

Anexo Nº 2

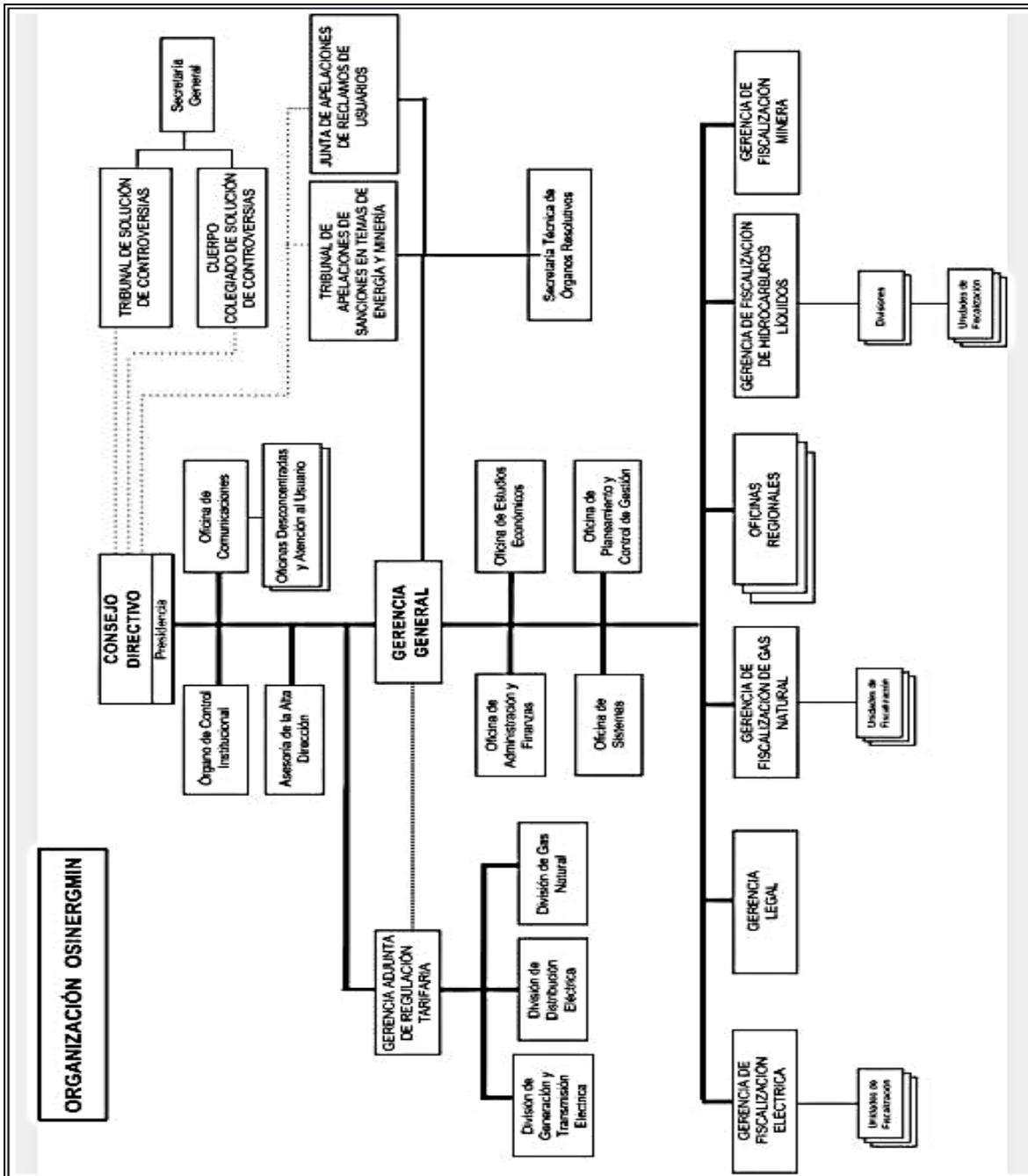
Mapa de la Literatura: características institucionales y atributos de la Autonomía



Fuente.- Quintanilla Acosta, Edwin, Tesis Doctoral "Autonomía del Organismo Regulador de Energía en el Perú: Un Estudio de Caso", ESADE, p. 19.

Anexo N° 3

Estructura Orgánica de OSINERGMIN



Anexo N° 4 Plazos para la fase de Ejecución Presupuestaria

A CARGO DEL MEF	PLAZOS
* Aprobación, mediante Resolución Directoral, de la determinación de la Programación de Compromisos Anual (PCA). Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Arts. 7° num. 7.2 y 7.3, y 8° Lit. a).	Hasta el 31 de diciembre de 2010.
* Aprobación, mediante Resolución Directoral, de la revisión de la Programación de Compromisos Anual (PCA) de oficio. Mediante resolución directoral. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Arts. 7° num. 7.2 y 7.3, 8° Lit. c) y 9°.	Hasta el 11 de abril de 2011. Hasta el 11 de julio de 2011. Hasta el 10 de octubre de 2011. Hasta el 10 de enero de 2012.
A CARGO DE LOS PLIEGOS	PLAZOS
* Aprobación del Presupuesto Institucional de Apertura (PIA). Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 5°. Ley N° 28411, Arts. 23° Num. 23.2, 53° Num. 53.1 y Art. 54° Num. 54.1 Lit. a).	Hasta el 31 de diciembre de 2010.
* Aprobación del Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), en el caso extraordinario de Gobiernos Regionales, donde el Consejo Regional no hubiera aprobado el PIA en el plazo señalado en el Art. 54° Num. 54.1 Lit. a) de la Ley N° 28411. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 5°. Ley N° 28411, Art. 54° Num. 54.2.	Hasta el 05 de enero de 2011.
* Presentación de la Copia de la Resolución que aprueba el PIA en los pliegos del Gobierno Nacional. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 5° Num. 5.1. Ley N° 28411, Art. 23° numeral 23.2.	Hasta el 5 de enero de 2011.
* Presentación de la Copia de la Resolución que aprueba el PIA en los Gobiernos Regionales. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 5° Num. 5.2. Ley N° 28411, Art. 23° numeral 23.2.	Hasta el 10 de enero de 2011.
* Remisión del "Reporte Analítico" del presupuesto Institucional de Apertura. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 6°.	Hasta el 21 de enero de 2011.
* Presentación del Formato "Detalle de los Gastos financiados con recursos por Operaciones Oficiales de Crédito Externo, Donaciones y Contrapartida Nacional". Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 17°.	Hasta el 21 de enero de 2010.
* Actualización, durante el trimestre, de la Programación de Compromisos Anual (PCA) por causal. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Arts. 8° Lit. b) y 9°.	Del 01 de enero de 2011 al 31 de marzo de 2011. Del 01 de abril de 2011 al 30 de junio de 2011. Del 01 de julio de 2011 al 30 de setiembre de 2011. Del 01 de octubre de 2011 al 31 de diciembre de 2011.
* Presentación de las Copias de las Resoluciones que aprueban Modificaciones Presupuestarias en el Nivel Institucional. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Arts. 19° Num. 19.3 y 21 Num 21.3. Ley N° 28411, Art. 39°.	Dentro de los cinco (5) días siguientes de aprobada la Resolución.
* Presentación de la Copia de la Resolución de Modificación Presupuestaria de Habilitaciones y Anulaciones, entre Unidades Ejecutoras. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 20° Num. 20.1 Lit. a) y Art. 22° Num. 22.1 Lit. a).	Dentro de los cinco (5) días siguientes de aprobada la Resolución.
* Aprobación de Modificaciones Presupuestales dentro de una Unidad Ejecutora Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 20° Num. 20.1 Lit. b) Inc. i) primer párrafo y Art. 22° Num. 22.1 Lit. b) Inc. i) primer párrafo.	mes 01: hasta el 10 de febrero de 2011. mes 02: hasta el 10 de marzo de 2011. mes 03: hasta el 11 de abril de 2011. mes 04: hasta el 10 de mayo de 2011. mes 05: hasta el 10 de junio de 2011. mes 06: hasta el 11 de julio de 2011. mes 07: hasta el 10 de agosto de 2011. mes 08: hasta el 12 de setiembre de 2011. mes 09: hasta el 10 de octubre de 2011. mes 10: hasta el 10 de noviembre de 2011. mes 11: hasta el 12 de diciembre de 2011. mes 12: hasta el 10 de enero de 2012.
* Presentación de la Copia de las Resoluciones de Modificaciones Presupuestales dentro de una Unidad Ejecutora. Directiva N° 005-2010-EF/76.01, Art. 20° Num. 20.1 Lit. b) Inc. i) segundo párrafo y Art. 22° Num. 22.1 Lit. b) Inc. i) segundo párrafo.	mes 01: hasta el 15 de febrero de 2011. mes 02: hasta el 15 de marzo de 2011. mes 03: hasta el 18 de abril del 2011. mes 04: hasta el 16 de mayo de 2011. mes 05: hasta el 15 de junio de 2011. mes 06: hasta el 18 de julio de 2011. mes 07: hasta el 15 de agosto de 2011. mes 08: hasta el 19 de setiembre de 2011. mes 09: hasta el 17 de octubre de 2011. mes 10: hasta el 15 de noviembre de 2011. mes 11: hasta el 19 de diciembre de 2011. mes 12: hasta el 16 de enero de 2012.

Anexo N° 5
Plazos para ejecutar los procesos selectivos de las Contrataciones del Estado

CUADRO RESUMEN DE PLAZOS PARA CONTRATACIONES										
N°	A	B	C	D	E	F	G	H	I = A+B+C+ D+E+F+ G+H	II = I/22
TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN	Plazo para elaboración de términos o especificaciones y criterios de evaluación Desde la indicación del Jefe o similar, hasta el ingreso al SAC. (plazo interno)	Plazo para la elaboración del estudio de posibilidades Desde la recepción a través del SAC hasta el envío del estudio (plazo interno)	Plazo para la aprobación del Expediente de Contratación Desde la entrega del estudio hasta la aprobación del expediente (plazo interno)	Plazo para convocar el proceso de selección Desde la Aprobación del Expediente hasta publicar la convocatoria (plazo interno)	Duración del proceso de selección (plazo mínimo de ley)	Elevación de OBSERVACIONES (OBSERVACIONES NO ACOGIDAS) (plazo máximo de ley)	Presentación de Recurso de Apelación (plazo máximo de ley)	Suscripción del Documento Contractual (plazo máximo de ley)	Total Días Hábles	TIEMPO EN MESES (RED.)
1 Licitación Pública	15	11	7	9	41			12	95	4
1.1 LP solo eleva bases a OSCE	15	11	7	9	41	15		12	110	5
1.2 LP sólo Recurso de Apelación a OSCE	15	11	7	9	41		38	12	133	6
1.3 LP eleva bases y recurso de apelación a OSCE	15	11	7	9	41	15	38	12	148	7
2 Concurso Público	15	11	7	9	41			12	95	4
2.1 CP sólo eleva bases a OSCE	15	11	7	9	41	15		12	110	5
2.2 CP sólo Recurso de Apelación a OSCE	15	11	7	9	41		38	12	133	6
2.3 CP eleva bases y recurso de apelación a OSCE	15	11	7	9	41	15	38	12	148	7
3 Adjudicación Directa Pública	10	10	5	5	22			12	64	3
3.1 ADP sólo eleva bases a OSCE	10	10	5	5	22	15		12	79	4
3.2 ADP sólo Recurso de Apelación a OSCE	10	10	5	5	22		38	12	102	5
3.3 ADP eleva bases y recurso de apelación a la OSCE	10	10	5	5	22	15	38	12	117	5
4 Adjudicación Directa Selectiva	10	10	5	5	22			12	64	3
4.1 ADS solo con recurso de apelación a Titular de la Entidad	10	10	5	5	22	15	12	12	76	3
4.2 ADS solo con elevación de bases al OSCE	10	10	5	5	22			12	79	4
4.3 ADS eleva bases al OSCE y recurso de apelación al Titular de la Entidad	10	10	5	5	22	15	12	12	91	4
5 Menor Cuantía *	5	6	3	3	9			12	38	2
5.1 MC sólo con recurso de apelación	5	6	3	3	9			12	50	2
5.2 MC sólo con elevación de bases al OSCE (únicamente para obras)	5	6	3	3	9	15		12	53	2
5.3 MC eleva bases al OSCE (obras) y recurso de apelación ante la Entidad	5	6	3	3	9	15	12	12	65	3

* Plazos con más de un proveedor, de solo presentarse uno se le resta 5 días hábiles

Cabe señalar que en caso de presentarse observaciones y apelaciones ante el OSCE, los plazos señalados pueden variar en función al tiempo que tome dicho organismo en emitir las respectivas resoluciones.