

## **DESPUÉS DE LA MAREA VIENE LA CALMA: INTERROGANTES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ\***

**Entrevista a Gaspar Ariño\*\* y Juan Carlos Cassagne\*\*\***

*Dicen los hombres de mar que después de la marea viene la calma. Sin embargo, una vez terminadas las privatizaciones masivas de la década de los noventa, no ha venido la calma esperada sino, todo lo contrario, podemos observar actualmente el destino y las consecuencias que todas estas privatizaciones han producido en el contexto social y económico de nuestro país. Por esa y muchas más razones, surgen nuevos cuestionamientos y problemas que requieren ser resueltos.*

*En ese sentido, aprovechando la visita de los profesores Ariño y Cassagne a Lima con motivo del seminario organizado por el Instituto de Derecho de los Servicios Públicos-IDESER, THEMIS no podía dejar pasar la oportunidad de conversar con tan ilustres visitantes e intentar responder algunas de estas interrogantes.*

\* La presente entrevista fue elaborada y realizada por Federico de Cárdenas Romero y Giorgio Massari Figari, miembros de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos a la doctora María Teresa Quiñonez, sin cuya colaboración la presente entrevista no habría sido posible.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente Ejecutivo de la Fundación Estudios de Regulación de España. Ex miembro del Consejo Consultivo de Privatizaciones de España.

\*\*\* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Argentina.

**1. Teniendo en cuenta la realidad latinoamericana, ¿cuál considera usted que debe ser la función de los entes reguladores: promover la eficiencia o redistribuir la riqueza? ¿O debemos seguir un sistema mixto tal y como lo han venido haciendo en diferentes países de Latinoamérica?**

**ARIÑO:** La función básica de los entes reguladores es establecer las pautas de comportamiento de los operadores del sector, de tal manera que se garantice un sistema de prestaciones a los ciudadanos de un modo sostenido, a los de hoy y a los de mañana. Así, pues, su primer objetivo debe ser el mantenimiento del sistema, para lo cual deberá promover la eficiencia de la empresa y la continuidad y regularidad del servicio. Naturalmente, hay servicios que son esenciales para una vida digna y el sistema deberá proveer a su prestación universal, a todos los ciudadanos, a un precio asequible. A eso se le llama “servicio universal” y con él se consigue una razonable redistribución de la riqueza, que debe ser también una meta a conseguir a través de los servicios públicos. Pero estos no son, en sí mismos, un mecanismo ordinario de redistribución (es sólo excepcional). La redistribución de la riqueza debe obtenerse básicamente por la vía fiscal, no por la gestión de los servicios públicos, que deben mantener siempre el equilibrio financiero.

**CASSAGNE:** La primera regla que debe orientar la función de los entes reguladores es la de promover la competencia en aquellos sectores donde ésta sea posible. De no ser así, el ente regulador debe procurar que el control se base en objetivos de eficiencia lo cual no impide la configuración de una política razonable de subsidios sociales para atender la situación de las personas carentes de recursos. En cualquier caso, la tarifa social no la debería financiar la empresa sino el Estado como parte de una política distributiva.

**2. Normalmente los entes reguladores persiguen una multiplicidad de objetivos que incluyen la protección de los usuarios, el servicio universal, la protección de las inversiones, la asignación eficiente de los recursos, la defensa de la competencia, etc. En ese sentido, ¿existe algún orden de prioridad que debe seguir el ente regulador o se pueden llevar a cabo todos estos objetivos por igual sin que uno obstaculice la consecución del otro? Además, ¿el tener tantos objetivos en la mira no justificaría una mayor participación del ente regulador y, por lo tanto, una mayor regulación?**

**ARIÑO:** Los objetivos de los entes reguladores son múltiples: todos los que se citan en la pregunta y algunos más. Todos ellos pueden ser obtenidos

paralelamente y de un modo compatible mediante un buen sistema de regulación. El primer objetivo, desde un punto de vista social y humano, es el servicio universal en aquellas prestaciones básicas que sean indispensables para una vida digna. Una vez asegurado esto, los demás se asientan sobre una buena ordenación de la competencia. La mejor protección de los usuarios es la competencia efectiva en el mercado. Si ésta no se da, habrá que corregir los fallos que el mercado presente, tendiendo siempre a reconstruir aquélla. Esta es también la clave para una asignación eficiente de los recursos y para la mejor protección de las inversiones, de aquellas que sean acertadas, porque naturalmente los errores que se produzcan en el planteamiento de un negocio debe asumírselos su titular. Por tanto, hay que responder a esta cuestión igual que a la anterior: lo primero es conseguir un sistema eficiente de prestaciones sostenible en el tiempo. Y allí donde el mercado no pueda responder a las necesidades sociales, deberá acudir el Estado a hacer posible el servicio universal. Pero el ente regulador tiene como papel fundamental el diseño de un buen marco de reglas estables, que hagan posible la competencia leal.

**CASSAGNE:** Cada uno de los objetivos que persiguen los entes reguladores tiene una dimensión de peso diferente lo cual requiere realizar una tarea de armonización permanente. El objetivo más importante sigue siendo lograr la mayor competencia posible y la máxima eficiencia, habida cuenta que ésta es la mejor manera de proteger los intereses de los usuarios. Esta situación no conduce necesariamente a una mayor regulación. Los sistemas reguladores que exageran el intervencionismo estatal siempre generan grandes ineficiencias y el peligro de la corrupción administrativa y empresarial.

**3. ¿Qué tan importante es la competencia “por el mercado” en materia de privatizaciones? ¿Habría también que regular una transparente y leal competencia entre las empresas licitadoras? ¿Esa tarea le debería corresponder al ente regulador?**

**ARIÑO:** La competencia “por el mercado” es siempre necesaria y constituye normalmente una fase previa a la competencia “en el mercado”. En la secuencia temporal lo primero son las privatizaciones en las que los distintos licitadores deben competir, en el concurso que se convoque al efecto. Esto es evidentemente un primer paso que hay que llevar a cabo según los principios generales de la contratación pública: concurrencia, transparencia, igualdad de trato, sin discriminaciones, publicidad de la convocatoria, etc. Esta tarea no corresponde al ente regulador sino que es un *prius* a la tarea de éste. Con el transcurso del

tiempo, puede que haya que renovar las licencias o concesiones inicialmente otorgadas, de modo que haya que competir de nuevo “por el mercado”; en este segundo momento puede y debe tener una actuación adecuada el ente regulador, aunque muy probablemente la decisión final se la reserve el gobierno.

**CASSAGNE:** La tarea de regular la competencia, en materia de privatizaciones, corresponde tanto a los entes reguladores sectoriales como a los órganos encargados de la defensa de la competencia en general.

**4. Hoy los órganos reguladores son acusados de haber sido copados por las empresas que brindan servicios públicos. ¿Cómo revertir esta situación y en el futuro prevenirla?**

**ARIÑO:** La posible captura de los entes reguladores por las empresas reguladas, ha sido una vieja preocupación y a veces frecuente acusación que se ha predicado de las Comisiones Reguladoras. Pero la verdad es que, sin negar dicho peligro, la realidad no es esa. En la mayor parte de los países tanto los sistemas de nombramiento como el *status* de que gozan los comisionados (su inamovilidad, su retribución, sus incompatibilidades) les dotan de una posición bastante autónoma y en teoría independiente del poder político y económico. Las comisiones son, en cierto sentido, como los Tribunales de Justicia (su tarea es también *cuasi*judicial) y, por tanto, se puede prevenir su captura con una adecuada selección y preparación de sus miembros, así como con una regulación de su funcionamiento que las haga transparentes y les obligue a motivar y dar razón de sus actos.

**CASSAGNE:** En general, la situación es la inversa porque quienes se encuentran capturadas por los entes reguladores son las empresas privadas que prestan servicios públicos. Los medios, que en general responden a intereses ideológicos, han importando la idea de la captura desarrollada en Estados Unidos, lo que en Hispanoamérica no se produce.

**5. Se podrían distinguir entre tipos de privatizaciones en los países Latinoamericanos. Es decir, ¿podríamos afirmar que el objetivo de las privatizaciones en Latinoamérica ha sido una urgencia netamente fiscal como sería pagar la deuda o hacer crecer el presupuesto, o el objetivo ha sido el lograr una mayor eficiencia y mejor funcionamiento de los mercados y el beneficio de los usuarios?**

**ARIÑO:** Hay dos tipos de privatizaciones: las que podríamos llamar privatizaciones programáticas, que implican una nueva configuración del papel del Estado

en la economía y que son las que han venido practicándose en los últimos años en muchos países (Gran Bretaña, Alemania, España, todos los países del Este de Europa y también en muchos países Latinoamericanos); pero hay también privatizaciones pragmáticas cuyo objetivo fundamental es recaudatorio y fiscal (disminuir la deuda, luchar contra el déficit público o disponer de nuevos ingresos para otros objetivos políticos y sociales).

Las primeras tienden efectivamente a lograr una mayor eficiencia empresarial, el mejor funcionamiento de los mercados y una mayor calidad de servicio para los usuarios; llevan consigo la retirada del poder estatal y la entrega de estos sectores a la iniciativa privada. Las segundas sólo pretenden una cierta reestructuración industrial, no quieren perder el control sobre las empresas y mantienen la dirección de éstas y el control sobre el mercado en manos del Estado. Las primeras son una verdadera revolución y un cambio de sentido en la acción del Estado. Las segundas dejan las cosas como están.

**CASSAGNE:** El objetivo de las privatizaciones no puede ser responder a urgencias o necesidades fiscales sino el de lograr las prestaciones más eficientes y razonables en beneficio de los usuarios.

**6. Antes de pensar en desarrollar un plan de privatización se debe crear un ambiente de respeto a la propiedad privada. Si este punto no está establecido ninguna privatización se puede llevar a cabo exitosamente. Esto requiere generar un clima de respeto de los derechos de propiedad de los nuevos dueños de las empresas, algo que no viene sucediendo en nuestro país. ¿Es suficiente realizar un proceso de “educación pública” sobre los beneficios que pueden traer las privatizaciones a la población o debemos asumir que estamos ante un problema más profundo que se presenta bajo la forma de una barrera cultural en un país tan diverso como el Perú?**

**ARIÑO:** Ciertamente todo plan de privatizaciones debe estar precedido de un sistema legal que respete la propiedad privada y garantice la protección judicial sobre ella. Sin tales premisas ningún proceso de privatización puede tener éxito. Por ello, lo fundamental, tanto en las privatizaciones como en cualquier otro proceso de inversión, es la existencia en el país de un sistema institucional capaz de generar confianza y dar seguridad –seguridad jurídica– a los posibles operadores. Si se quieren obtener beneficios duraderos de un proceso de privatizaciones no bastan campañas publicitarias, sino reformas institucionales basadas en una nueva configuración de los poderes

públicos, con la creación de autoridades reguladoras independientes y capaces. Exige, por tanto, una decisión política firme y sostenida que respalde y proteja todo este proceso.

**CASSAGNE:** La falta de respeto a los derechos de propiedad de las empresas privadas constituye la más importante barrera cultural que se opone al éxito de cualquier programa de privatización. No creo que sea sólo un problema de educación pública aunque hay mucho por hacer en el campo de la difusión de las buenas ideas. Pienso que también se trata de un problema de tipo ideológico lo que hace más difícil enfrentarlo sin una adecuada acción política.

**7. El Estado peruano se ha negado a privatizar SEDAPAL, la empresa pública que brinda el servicio de agua y saneamiento en el país. Esta decisión se fundamenta básicamente en que SEDAPAL es una empresa que no produce pérdidas. No obstante, se prevé problemas de escasez y racionamiento en el servicio de agua para el próximo año. ¿Qué elementos deben ser tomados en consideración para tomar la decisión de privatizar o no un servicio público?**

**ARIÑO:** La decisión de privatizar o no un servicio público, no debe depender en modo alguno de si éste es rentable o deficitario. El criterio para adoptar tal decisión es uno sólo: la mejor prestación del servicio a los ciudadanos. Hay algunos sectores, como las telecomunicaciones, el transporte o la energía, en que la experiencia de muchos años muestra que la empresa privada es más eficiente y ofrece mejor servicio que la pública. En el caso del agua y saneamiento, todo depende de cuáles sean las necesidades que haya que cubrir. La experiencia también nos dice que para el establecimiento o ampliaciones masivas de este servicio, para el que se requieren grandes inversiones, con grandísimos períodos de amortización, ha sido necesario, en muchos casos, acudir a la financiación privada, mediante fórmulas de concesión o empresas mixtas. La gestión, en cambio, es más sencilla y puede ser asumida eficientemente por empresas públicas. De hecho, la experiencia comparada del abastecimiento a grandes áreas metropolitanas, tanto por entes públicos (el Canal de Isabel II, por ejemplo) como por grupos privados (Lyonasse o Aguas de Barcelona) han acreditado su buen hacer durante muchos años. Todo dependerá, por tanto, de cuáles son los objetivos que en este momento quiera alcanzar el Estado peruano en materia de abastecimiento de agua y saneamiento. Si lo que se necesita es realizar grandes obras de

infraestructura, de regulación y conducción de aguas, de "potabilización" de éstas, saneamiento y depuración posterior, extendiendo ese servicio a amplias zonas del país, la privatización puede ser conveniente. Si lo que se pretende es, simplemente, gestionar lo que hay, la empresa pública también puede servir.

**CASSAGNE:** El elemento más importante para privatizar un servicio público es el de la mayor eficiencia desde los puntos de vista tecnológico y financiero. En tal sentido, cualquier organización estatal tiende a la larga o a la corta a generar situaciones de anquilosis institucional e ineficiencia económica. La experiencia mundial sobre ello es bastante conocida y hasta Rusia ha tenido que privatizar las empresas públicas.

**8. El Estado peruano ha decidido no renovar el contrato a Telefónica, compañía que tiene una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones, luego de haber realizado una millonaria inversión en el país en los últimos años. ¿Cómo cree que esto afecta las posibilidades que otras empresas transnacionales hagan inversiones en servicios públicos a largo plazo en el Perú?**

**ARIÑO:** La no renovación del contrato a Telefónica puede constituir, sin duda, un obstáculo para que otras empresas transnacionales lleven a cabo inversiones a largo plazo en el Perú. La mayoría de las inversiones que requieren los grandes servicios públicos necesitan amplios plazos de amortización. Y aún cuando, inicialmente, se hayan establecido unos plazos por los que se contrata la prestación del servicio a 20 o 30 años, según los casos, su no renovación impone unos condicionamientos a la actividad de Telefónica que pueden ser muy perjudiciales para el servicio. Por otro lado, Telefónica tiene hoy una posición de dominio por una razón muy simple: otros (ATT, BellSouth) están abandonando el país, lo cual es un indicio poco alentador para que en su día terceros operadores pudieran venir a sustituir a Telefónica. En todo caso, la no renovación a Telefónica y la sustitución de ésta por otra empresa, obligaría a indemnizarle por el rescate en todo lo que signifique valor neto no amortizado de la empresa. La inversión millonaria de esta compañía deberá ser indemnizada.

**CASSAGNE:** La retirada de cualquier inversor privado de la importancia de Telefónica afecta, indudablemente, las expectativas de inversión en servicios públicos a largo plazo por parte de otras empresas extranjeras.