

Entrevista a María Teresa Quiñones*

La Competencia en Sectores Regulados

Por Marco Castañeda Vicuña

1. Los Organismos Reguladores (OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN y SUNASS) velan por el correcto servicio de las empresas que se encuentran bajo su ámbito de competencia ¿Se podría decir que los reguladores realizan una función de protección al consumidor de manera “indirecta” al encargarse del buen funcionamiento de las empresas de sectores regulados?

Creo que, más bien, los organismos reguladores cumplen esta función de manera directa. Incluso, la protección al usuario es mucho más intensa que la protección al consumidor. Porque esta última busca garantizar –en líneas generales– el acceso a información suficiente y transparente que permita al consumidor elegir entre las diversas ofertas de productos y servicios que existen en el mercado.

En el caso de la protección al usuario, nos encontramos frecuentemente con servicios públicos que se prestan en condiciones de monopolio o respecto de los cuales existen serias restricciones a la competencia. En consecuencia, el usuario no puede elegir entre varias opciones. Yo no puedo cambiar de suministrador de agua y desagüe. Es SEDAPAL o no es ninguno. Por eso, la protección del usuario obliga al regulador, en muchos casos, a fijar *ex ante* las condiciones de calidad del servicio, los procedimientos de atención de reclamos e, incluso, las opciones que deben ofrecerse al usuario respecto de determinado servicio. *Ex post*, dicha protección estará destinada a fiscalizar que se cumpla con la regulación y a sancionar cualquier infracción.

Ahora, una particularidad de los servicios públicos es que la empresa prestadora actúa como primera instancia en el caso de reclamos de usuarios. Los tribunales administrativos de los organismos reguladores actúan sólo como segunda instancia. Por el contrario, en los reclamos por infracción a las normas de protección

al consumidor respecto de servicios no regulados, INDECOPI es competente para conocer en su totalidad el procedimiento administrativo.

Si reflexionamos sobre este tema, parece absolutamente anómalo que la empresa prestadora sea juez y parte en una controversia que la involucra. La razón de esta diferencia es que el concesionario es considerado como parte de la Administración Pública, debido a que presta un servicio público cuya titularidad corresponde al Estado. Es un ejemplo de cómo, en materia de servicios públicos, subsiste una dualidad usuario/administrado - prestador/Administración Pública.

2. Las normas de protección al consumidor de INDECOPI solamente consideran a las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten de un producto o servicio como destinatarios finales; mientras las normas de los organismos reguladores extienden la protección a todos los usuarios, ¿considera que la protección brindada por INDECOPI beneficiaría más a los consumidores si fuera más amplia como la que se da en el caso de los reguladores?

Creo que existe una razón para esta diferencia. Las normas de protección al consumidor protegen exclusivamente a quienes tienen la calidad de consumidores finales porque se considera que un consumidor intermedio tiene la suficiente sofisticación para elegir a su contraparte, conocer las características del bien o servicio que requiere y negociar las estipulaciones que gobiernan su relación contractual. El legislador ha asumido que el consumidor intermedio es un comerciante habitual, con capacidad para elegir al mejor proveedor, por lo que no requiere de la “muleta” que ofrecen las normas de protección al consumidor. En todo caso, siempre tiene expedita la posibilidad de demandar, en la vía judicial o arbitral, cualquier incumplimiento, vicio oculto o lesión.

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Harvard University (LL.M.). Socia Del Estudio Rodrigo, Elías, Medrano & Medrano– Abogados. Ex Presidenta del Instituto de Derecho de los Servicios Públicos. Profesora de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

En los servicios e infraestructura públicos generalmente no existe esa libertad para elegir al proveedor. En Lima sólo hay un aeropuerto, un puerto, una empresa de saneamiento y una de distribución eléctrica (hay dos, pero la concesión de cada una está circunscrita al sur o norte de la ciudad). Las redes de transmisión eléctrica, las vías férreas, las carreteras, son también monopolios naturales. En telefonía fija una empresa tiene más del 90% del mercado. En estos casos, un usuario intermedio no tiene mayor capacidad de negociación –por más habitual que sea– frente al titular de un servicio o infraestructura monopólicos. Por ello, en materia de servicios regulados, se protege tanto a usuarios finales como intermedios.

Sin embargo, creo que sí debiera revisarse el ámbito de protección en los supuestos de servicios regulados en los que sí existe competencia (como la larga distancia internacional y la telefonía móvil). Probablemente ahí podría optarse por una regla como la utilizada por INDECOPI, que protege exclusivamente a los usuarios finales.

3. Se ha considerado que si un mercado es visto como un “monopolio natural” automáticamente será necesaria la presencia de un ente regulador; sin embargo este concepto se encuentra cambiando, tal es así que Gaspar Ariño considera que los monopolios naturales son solamente “monopolios legales” que eventualmente llegarán una situación de competencia ¿Cree que la idea de “monopolio natural” sigue siendo tan gravitante como para determinar si un sector debe de estar bajo normas de un regulador o de la competencia?

No cabe duda que en un sector como las telecomunicaciones, el avance tecnológico, de la mano con una regulación que obliga a la interconexión, ha logrado que una actividad tradicionalmente monopólica como la telefonía se transforme en competitiva. Aun así, la experiencia internacional nos demuestra que subsiste la regulación, aún cuando bastante más atenuada, para tratar de corregir los problemas derivados de la asimetría de información, el acceso a infraestructuras esenciales y la concentración de mercados.

Sin embargo, creo que falta aún mucho tiempo para que puedan desaparecer los monopolios naturales, si es que eso llega a suceder algún día. Sigue existiendo una sola red de agua y desagüe; es ineficiente replicar puertos, aeropuertos, gasoductos, carreteras.

Ahora bien, la existencia de un monopolio natural es una de las razones para regular, pero no la única. Por ejemplo, en el caso de los bancos, las AFP y el mercado de valores, no existe un monopolio pero sí hay un regulador, porque dichas entidades captan ahorros del público. Por razones de protección a la vida y la salud, se regula a las farmacéuticas y a las empresas de transporte aéreo y terrestre.

La educación es objeto de regulación, por considerarse que existe un interés superior que obliga al Estado a diseñar la currícula que deben seguir los centros de estudio. Y en los servicios públicos no sólo hay necesidad de regular por la existencia de fallas de mercado sino para garantizar ciertos bienes “extra mercado”: principalmente, el acceso universal de toda la población a los servicios esenciales, a un precio asequible y en condiciones razonables.

4. Se ha dado la aplicación de normas de Derecho de la Competencia en sectores regulados cuando su normativa particular no tomaba en cuenta los hechos que sucedían, tal fue el caso de la controversia en torno a la negación del acceso a la infraestructura considerada esencial ¿En qué otras situaciones se han tomado las normas de competencia en sectores regulados en la experiencia peruana?

Además de los casos de acceso a infraestructuras esenciales, también se van a aplicar las políticas de competencia cuando se den otros supuestos de abuso de posición dominante o de conductas restrictivas de la competencia, evidentemente en la medida que se trate de una actividad en la que exista algún nivel de competencia.

El caso de la teoría de las infraestructuras esenciales resulta particularmente interesante; ya que si bien tiene su origen en el Derecho de la Competencia, la jurisprudencia comparada ha evolucionado en el sentido de circunscribir su aplicación exclusivamente a ciertos supuestos de excepción: básicamente a los servicios públicos que se soportan en redes. La razón es que el acceso a infraestructuras calificadas como esenciales supone una fuerte limitación a la libertad de contratación y sólo se justifica en casos extremos, en los que no sería posible la competencia sin la aplicación de este mecanismo.

Un aspecto que es interesante tener en cuenta es que, en los servicios públicos, la competencia muchas veces existe como consecuencia de la regulación y no con anterioridad a ella. Por ejemplo, sólo porque la regulación eléctrica ha obligado a desagregar las actividades de generación, transmisión y distribución, es que puede haber competencia en el primero de estos segmentos. Otro tanto se ha hecho con la regulación de las vías férreas, que obliga a sus titulares a aceptar que terceros puedan operar su material rodante en las redes. Si se permitiese la subsistencia de operaciones integradas en estas áreas, existiría un monopolio en la actividad y el Derecho de la Competencia no resultaría aplicable en ningún caso.

Otro tema que vale la pena mencionar es que en el Perú, la única norma de control de fusiones que existe está limitada al sector eléctrico.

5. ¿Hasta que punto se ha avanzado el desarrollo de la competencia en el sector eléctrico considerando que la desintegración vertical de actividades (*unbundling*) ha permitido separar las etapas del proceso de generación de energía eléctrica?

Lamentablemente, no basta con desagregar las actividades (*unbundling*) para que haya competencia. Si bien es un paso previo indispensable, se necesita hacer algo más.

“En conclusión, el mejor precio siempre va a ser el que fije el mercado, porque es el mecanismo más democrático que refleja el consenso entre compradores y vendedores.”

Por ejemplo, luego de la desagregación, el problema que existe en el Perú es cómo asegurar una contratación fluida entre generadores y distribuidores. Lo que estamos viviendo en el Perú es una “crisis de los contratos”, porque los generadores se niegan a venderle a las distribuidoras energía a precios regulados. Y aquí, la fuente del problema es la regulación: una Ley de Concesiones Eléctricas que estableció un mecanismo de fijación de tarifas que no permite pactar precios a largo plazo y que está sujeto a un elevado nivel de discrecionalidad por parte del Regulador. Esto hace que los generadores no quieran vender al servicio público, porque no sale a cuenta, y prefieran vender al mercado libre.

Afortunadamente, la Ley 28832, cuya implementación se dará a partir de este año, prevé un cambio radical, en el que los precios regulados se fijen como consecuencia de licitaciones, en lugar de en función de cálculos y proyecciones hipotéticas efectuados por el Regulador.

Para conseguir un mercado competitivo, debe también analizarse si existen barreras legales o de otra naturaleza que limiten el ingreso de nuevos competidores, o de nuevos compradores. Mientras más desconcentrada estén la oferta y la demanda, mayor competencia habrá.

Si las normas legales restringen el número de compradores o de vendedores que pueden participar en el mercado, obviamente la competencia será menor y adolecerá de fallas. Esto es lo que ha sucedido en el sector eléctrico: por el lado de los vendedores, las normas legales establecen ciertas barreras de entrada a las nuevas inversiones, además de excluir del mercado a las ventas destinadas al Servicio Público (porque sus precios no eran fijados por el mercado sino por

OSINERGMIN). Por el lado de los compradores, desde que en 1993 se fijó en 1 Megavatio el umbral entre clientes libres y usuarios regulados, este no ha sido rebajado; a diferencia de lo que ha sucedido en países como Argentina, Colombia, España, que lo han reducido paulatinamente con el fin de incorporar al mercado a un mayor número de compradores.

En el Perú tenemos un pequeño grupo de 240 compradores que califican como clientes libres y que demandan alrededor del 50% de la energía que se produce. Por el lado de la generación, hay también una gran concentración: sólo 3 grandes jugadores, además del Estado.

6. Subsiste el problema de la disparidad entre la tarifa regulada y la del mercado. La solución pensada para que los precios fijos no se desentiendan de los reales se plasmó en el artículo 53 de la Ley de Concesiones Eléctricas que establece que las tarifas de energía no podrán diferir en más de diez por ciento de los precios libres vigentes. Sin embargo este sistema no ha llegado a funcionar con efectividad ¿Qué otra solución podría utilizarse para acercar estos precios a los del sector de libre competencia?

El problema del artículo 53° de la Ley de Concesiones Eléctricas, que obligaba al regulador a anclar en la realidad los precios regulados, era que existían ciertas dificultades para comparar los precios de los mercados libre y regulado. En los hechos, la reglamentación de esta norma incorporó tantas presunciones y exclusiones, que llevó a que la comparación del precio regulado se hiciera, no con el promedio del mercado libre, sino con un valor ficticio determinado por el regulador. Es decir que no sirvió de nada y más bien permitió que se produzca el desfase que hoy existe entre precios libres y regulados.

Sin duda, una mejor solución es la contenida en la reciente Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, Ley 28832, aprobada el año pasado por el Congreso. Consiste en un sistema de licitaciones para las compras de distribuidores a generadores. En estas licitaciones, el factor de competencia es uno de los componentes del precio, que queda libre y es objeto de puja. Los precios que pagan los usuarios regulados vienen a ser la media de todos los contratos vigentes entre generadores y distribuidores a nivel nacional. De esta manera, se consigue que incluso los precios regulados sean fijados por el mercado.

En conclusión, el mejor precio siempre va a ser el que fije el mercado, porque es el mecanismo más democrático que refleja el consenso entre compradores y vendedores. Por eso, debemos pasar de un sistema de tarifas “diseñadas por el regulador” a un sistema de tarifas que refleje los precios del mercado. El camino de las licitaciones es bueno. La misma solución se viene utilizando en Chile y Brasil.

7. “Todo subsidio es malo”, es te ha sido un comentario que se ha escuchado cada vez más en los últimos años ¿Considera que el GATS (*General Agreement on Trade in Services*) puede servir como una herramienta valiosa para la configuración de un mercado menos discriminatorio, tomando como ejemplo el hecho de que en algunos países europeos se brindan subsidios a organismos estatales que operan en un mercado en el que ya existen empresas privadas?

En primer lugar, yo no creo que todo subsidio sea malo. Los subsidios son una herramienta más para ejecutar determinadas políticas de Estado. Son malos los subsidios ciegos, pero cuando su diseño es correcto pueden ser muy útiles. Si todo subsidio fuera malo, no debieran existir hospitales y colegios gratuitos, porque estarían compitiendo con las clínicas y las escuelas privadas. ¿Qué de malo tiene subsidiar la inversión en infraestructura rural de telecomunicaciones, de electricidad, de saneamiento, a través de concesiones cofinanciadas? ¿Por qué va a ser malo subsidiar una carretera de penetración? Todo lo contrario. Permitir estos mecanismos –en donde el Estado cubre la diferencia que no paga el usuario en el peaje o la tarifa– promueve la generación de infraestructura considerada esencial para el desarrollo económico y humano de la población.

Sin embargo –y esto es lo que los GATS pretenden garantizar a nivel mundial– los subsidios no pueden convertirse en una herramienta de discriminación que

ponga en una situación de desventaja a la empresa privada. Si nosotros creemos en el mercado como el mejor regulador que existe y el instrumento que garantiza el mayor bienestar de los consumidores y de la economía, entonces debemos evitar subsidios discriminatorios que atentan contra el mercado.

En este punto, creo necesario distinguir entre los servicios comerciales “ordinarios” y aquellos considerados esenciales –circunscritos por los GATS a los suministrados por el Estado en ejercicio de sus facultades gubernamentales–. En nuestra tradición jurídica se ha atribuido al Estado la titularidad de los servicios públicos sociales (como la salud y educación) y económico-domiciliarios (electricidad, saneamiento, telecomunicaciones). Respecto de estos servicios, siempre se ha considerado que el Estado es el responsable de garantizar su provisión a toda la población, aún cuando no necesariamente de prestarlos de manera directa. Para conseguir este fin, sobre todo en un país con la desigualdad de ingresos y oportunidades que existe en el Perú, no basta con la empresa privada y la competencia, se debe recurrir a subsidios aplicados y diseñados de manera inteligente. Estos no necesariamente son incompatibles con el mercado.

Un buen ejemplo de ello es el FTEL, fondo destinado a financiar la infraestructura rural de telecomunicaciones. Sus recursos se asignan a las empresas que mediante un concurso público ofertan el menor subsidio para construir una red y prestar un servicio de telecomunicaciones. Es una opción adecuada para lograr el acceso universal mediante subsidios no discriminatorios 