

Artículo: ¿Regulador a la deriva?

Autor: Carlos Alfredo Martínez Álvarez

Socio de Senisse, Vega & MF Abogados. Especialista en derecho administrativo económico y derecho empresarial. Actualmente, se encuentra cursando la Maestría de Derecho Administrativo Económico en la Universidad del Pacífico.

¿Alguna vez se ha preguntado qué se esconde tras actos tan simples como prender o apagar las “luces”? Aunque a muchos nos resulte ajeno, tras estos actos se esconde un complejo entramado de regulaciones técnicas y económicas que buscan alcanzar un mercado eléctrico eficiente, que suprima los riesgos que generan las fallas inherentes a dicho mercado.

Pero si bien la regulación es necesaria en este sector, puede verse afectada por las limitaciones impuestas por cuestiones “políticas” ¹. De ahí, que la teoría y la práctica recomienden separar el proceso de regulación de las influencias políticas (taken out of politics), en aras de buscar una mayor independencia por parte del regulador y, tal vez así, alcanzar un mercado eficiente que beneficie a todos sus actores.

Precisamente, tomando en cuenta estos riesgos, se crearon los organismos reguladores² como el Osinergmin, como un punto neutral entre dos mareas: una, la intervención política populista, y la otra, la captura del regulador por parte de las empresas del sector intervenido. Sin embargo, una cosa es lo que se predica y otra lo que en la realidad pasa. Los organismos reguladores viven con estas sombras tras sus espaldas, y lo sucedido hace un par de semanas entre el Osinergmin y el Minem es una clara muestra de ello.

Contextualicemos el caso. Como se mencionó, el sector eléctrico es uno de los sectores con mayor incidencia regulatoria, y esta no solo se limita a los parámetros en que debe prestarse el servicio, sino también a las tarifas que deben cobrarse. Sin profundizar en las complejidades de este mercado, que no es el fin de estas líneas, el problema suscitado entre el Minem y el Osinergmin se debió a que el primero efectuó modificaciones a la normativa eléctrica que afectaban un procedimiento de fijación tarifaria en curso³, que estaba a cargo del organismo regulador.

Así pues, con la Decreto Supremo N° 027-2018-EM, publicado el 4 de octubre de 2018, se modificó el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas para incorporar una etapa previa de determinación de costos en el procedimiento de fijación tarifaria, que, según especialistas del sector (léase aquí⁴ y aquí⁵), recogían algunos de los reclamos planteados por las empresas eléctricas.

Más allá de la justificación de estos reclamos, el Osinergmin rechazó estos cambios pues, según se indicó (véase aquí⁶), impedían una posible reducción tarifaria para los usuarios. Y quizá por la impopularidad que podía generar esta medida, 5 días después, el 9 de octubre de 2018, se dejó sin efecto el referido decreto⁷, pero olvidándose que la derogación de una norma no devuelve la vigencia de la que esta derogó. Situación que obligó a que el 11 de octubre se emita un nuevo decreto supremo⁹ que restituía el estado de las cosas al momento anterior a la emisión del Decreto Supremo N° 027-2018-EM, y llevándose de paso la renuncia del Viceministro de Electricidad. Sin entrar en lo anecdótico de estas idas y vueltas, los hechos expuestos ponen en evidencia una sola cosa:

la fragilidad del regulador frente a las presiones provenientes del ministerio del sector, ya sea para atender los reclamos de las empresas reguladas (primer momento) o para poner paños fríos frente a una medida que podía resultar impopular (segundo momento).

Nos guste o no, las presiones políticas no dejan de afectar a los organismos reguladores, y esto es algo que debe quedar claro para cualquier análisis sobre el tema, ya que nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante: ¿hasta qué punto el ministerio de un sector puede intervenir en la actividad regulatoria de un organismo como el Osinergmin? Y aquí la respuesta lamentablemente no está clara y debe ser siempre analizada caso por caso. En principio, el ministerio de un sector puede aprobar las disposiciones normativas que le correspondan, y las modificaciones que hizo el Minem se enmarcaron dentro de dichas facultades. Sin embargo, estos cambios a la normativa deben derivar de un proceso que recoja y armonice las posiciones de los principales actores del sector, y que se realice con la debida anticipación y no cuando el procedimiento de fijación tarifaria ha iniciado.

Si los reclamos de las empresas eléctricas eran legítimos y ameritaban un cambio del marco normativo, estos debieron ser analizados e implementados antes de iniciar el procedimiento de fijación tarifaria, tanto más si las tarifas eléctricas se establecen por periodos de 4 años. ¿Por qué? Porque así se hubiese evitado dar la percepción, quizá equivocada, de que las empresas eléctricas recurrieron a una entidad con mayor facilidad de penetración para acoger sus reclamos, al encontrar un muro muy alto en el organismo regulador.

¿Qué hacer, entonces, frente a estas situaciones? La respuesta es compleja, pero debería iniciarse con el establecimiento de reglas claras que limiten la intervención de entes de corte político en la fijación tarifaria. Por mucho que se regule el sistema de tarifas, si no se establece candados frente a las presiones que debe enfrentar el regulador, estas terminarán enviándolo a la deriva; naufragio de las mareas que debía sortear.

Publicado el 31 de diciembre 2018

Citas

1. La intervención del Estado no está exenta de fallas, por ejemplo, se resalta los incentivos que tienen quienes regulan para actuar en beneficio de intereses particulares (limitaciones impuestas por los procesos políticos). Véase, STIGLITZ, Joseph (1995). La economía del sector público. 2ª edición. Traducción de María Rabasco. Barcelona: Antonio Bosch Editor S.A., pp. 15 y 16.

2. De acuerdo con la Ley N° 27332, los Organismos Reguladores se encuentran investidos con la función reguladora y normativa, que les permite fijar los precios y tarifas de los servicios públicos bajo su ámbito de competencia, contando para estos fines con autonomía técnica y funcional.

4. Nos referimos al procedimiento de fijación tarifación del Valor Agregado de Distribución para el periodo 2018 – 2022, iniciado con Resolución N° 225-2017-OS/CD.

5. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mregulacionsp/2018/10/16/cortocircuito-tarifario/>

6.<https://www.enfoquederecho.com/2018/10/17/la-controversia-en-la-fijacion-de-las-tarifas-de-distribucion-de-electricidad-analisis-del-decreto-supremo-n-027-2018-em/?fbclid=IwAR1lKK0meZtzPPrljfwqhqzatJoe9aVjiRuPkvCnv0q2czmf7FOJJ9nyAQ>
A

7.<https://elcomercio.pe/economia/peru/osinergmin-decreto-emitido-mem-impide-reduccion-tarifas-electricas-noticia-564941>

8. Con el Decreto Supremo N° 028-2018-EM

9. Nos referimos al Decreto Supremo N° 029-2018-EM.