



Inter-American Development Bank
Banco Interamericano de Desarrollo
Latin American Research Network
Red de Centros de Investigación
Research Network Working paper #R-390

Determinantes de los Arreglos Contractuales en la Participación Privada en Infraestructura: el Caso Peruano

Por
Macroconsult, S.A.
Lima, Perú

Mayo 2000

**Cataloging-in-Publication data provided by the
Inter-American Development Bank
Felipe Herrera Library**

Determinantes de los arreglos contractuales en la participación privada en infraestructura
: el caso peruano / por Macroconsult, S.A.

p. cm. (Research Network Working papers ; R-390)
Includes bibliographical references.

1. Privatization--Peru. 2. Investments--Peru. 3. Free enterprise--Peru. 4. Public
utilities--Peru--Finance. I. Macroconsult, S.A. (Firm) II. Inter-American Development
Bank. Research Dept. III. Series.

338.61 D292--dc21

82000

Banco Interamericano de Desarrollo
1300 New York Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20577

Las opiniones y puntos de vista expresados en este documento son del autor y no reflejan
necesariamente los del Banco Interamericano de Desarrollo.

Si desea obtener una lista de los documentos de trabajo del Departamento de Investigación, visite
nuestra página Internet al: <http://www.iadb.org/res/32.htm>

Presentación

El presente documento constituye el informe final del estudio sobre los determinantes de los arreglos contractuales para la participación privada en proyectos de infraestructura en el Perú. El estudio fue encargado a Macroconsult S.A. por el Banco Interamericano de Desarrollo en el marco de su Red de Centros de Investigación.

El trabajo estuvo a cargo de los investigadores: Gonzalo Tamayo, José Távara, Roxana Barrantes y Verónica Zavala.

Como investigadores asistentes participaron: Martín Paredes, Raúl García y Ximena Zavala.

1. Introducción

Hacia fines de la década de 1980, la economía peruana atravesaba una grave situación económica caracterizada por una profunda recesión y muy alta inflación. Esta situación era consecuencia de la aplicación de políticas populistas que no respetaron el equilibrio fiscal. Por otro lado, el Estado mantenía, con resultados poco favorables, una fuerte participación en la actividad económica del país. Así, en 1990 el Perú contaba con más de 220 empresas estatales, cuyas pérdidas representaban el 4,3 % del PBI.

Con el cambio de gobierno en 1990, se aplicó un programa de estabilización económica acompañado de un amplio paquete de reformas estructurales destinado a controlar la inflación, fomentar el uso de mecanismos de mercado y abrir oportunidades de inversión al sector privado, nacional y extranjero. Estas medidas fueron realizadas bajo el auspicio de los organismos multilaterales como el FMI, el Banco Mundial y el BID. En 1991, y como parte de las reformas estructurales, se diseñó un ambicioso programa de privatización de empresas públicas, cuyo objetivo inicial era lograr que el Estado no tuviera participación en la actividad empresarial después de 1995.

La participación del sector privado en infraestructura en el Perú, tanto vía concesiones como venta de activos debe ser entendida como una parte de dicho proceso. El cual, estaba destinado a reducir el papel del Estado en actividades caracterizadas previamente por su importancia estratégica y/o su aporte a la generación de divisas tanto en actividades básicas como de servicios públicos.

El Marco Institucional para la Contratación en Infraestructura en el Perú

A pesar que el Perú se rige por un sistema democrático, que establece la separación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, el poder ha sido ejercido por gobiernos no democráticos¹ cerca de la mitad del tiempo transcurrido en los últimos 30 años. El Perú tiene un régimen presidencialista y la evolución legislativa es una actividad compartida entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.² Los congresistas son elegidos por distrito electoral único, y en términos geográficos, no representan grupos de interés específico, lo que limita su responsabilidad social.

Como consecuencia de este marco institucional, el proceso de participación del sector privado en infraestructura ha estado fuertemente influido por las decisiones presidenciales. Por otro lado la capacidad del proceso para convocar a los diferentes actores de la sociedad civil ha sido limitada, salvo por el establecimiento de mecanismos como la participación ciudadana en el accionariado de algunas empresas privatizadas.

Paralelamente, el Poder Judicial no cumple adecuadamente con su función de administrar justicia y genera desconfianza por la existencia de corrupción, interferencia política y bajo presupuesto. Ante estas dificultades para garantizar procesos adecuados se han desarrollado procedimientos

¹ Gobierno militar de 1968 a 1980 y autogolpe de Fujimori durante 1992.

² Entre 1980 y 1996 cerca del 60% de las leyes fueron dictadas por el Ejecutivo.

administrativos previos y vías alternativas de solución de conflictos a través del arbitraje, el cual es utilizado como uno de los mecanismos para atraer la participación privada en infraestructura.

El marco institucional peruano se caracteriza por poseer pocos mecanismos internos para restringir la acción discrecional del ejecutivo, ya que en la práctica no existe un sistema de “contrapesos” en el ordenamiento institucional del país. Otra característica destacada es la limitada existencia de tradiciones democráticas, influida tal vez, por la crisis económica y de seguridad que afectó el Perú hasta inicios de la década de 1990. Por otro lado, en la contratación entre el Estado y el sector privado existen antecedentes de expropiaciones a precio injusto, cuya experiencia más reciente se dio en la segunda mitad de la década de 1980, lo que creó un entorno sustancialmente desfavorable para la inversión privada.

La capacidad administrativa del Estado, pese al crecimiento del número de servidores públicos, fue debilitada por la escasez de recursos fiscales en la década anterior. A partir de 1991 se inició un programa de reestructuración del Estado que a la fecha sigue inconcluso. Como parte de este programa se ha fomentado el traslado de algunos sistemas administrativos a “instituciones isla” bajo condiciones laborales del sector privado entre las que se encuentran el organismo recaudador de impuestos y las agencias reguladoras. Esta baja capacidad administrativa al inicio del proceso requirió que las agencias reguladoras apliquen reglas de fijación de precios que redujeran los requerimientos de información, de manera que a su vez se disminuya la ventaja que la asimetría de información concede a las empresas reguladas. De allí que, por norma general, se ha optado por la aplicación de reglas de precios tope, donde el incentivo de mayores ganancias en eficiencia recae sobre el regulado, aunque es posible que el riesgo comercial del operador sea mayor frente a cambios no previstos en la demanda o en los costos.

Asimismo, la participación estatal en infraestructura refleja conductas tradicionales de intervención directa antes que de regulación de mercados. En el pasado el Estado ha sido proclive al establecimiento de subsidios cruzados entre grupos de consumidores, especialmente en las empresas de servicios públicos. Por ello, en la nueva orientación de la política económica se busca aplicar, como norma general, criterios de eficiencia económica y desregulación de mercados.

Por otro lado, el contexto actual de mayor estabilidad macroeconómica reduce tanto el riesgo comercial como el político disminuyendo así el componente de incertidumbre, por lo que se presume que el avance logrado en la estabilización de la economía peruana sea un elemento indesligable de la mayor presencia del sector privado en infraestructura.

Por último, cabe destacar que el proceso de reforma, y la consecuente redefinición del aparato público en su función de actor económico preponderante, ha mantenido el carácter centralista del pasado, habiéndose desarrollado al margen de los gobiernos locales, que tienen competencia sólo en algunos aspectos como transporte urbano y saneamiento.

La Promoción de Inversiones

La existencia de costos hundidos y el largo plazo de maduración de muchos proyectos, a los cuales usualmente se ata el financiamiento, tiende a reflejarse en el costo de oportunidad del

capital, en la exigencia de garantías para llevar a cabo los proyectos y en la búsqueda de mecanismos de distribución de riesgo entre el Estado y las empresas. Esta situación, se hace más patente cuando el Estado tiene antecedentes de conductas discrecionales como en el caso peruano.

En vista de lo anterior, se diseñaron una serie de mecanismos con el fin de “comprar” credibilidad como complemento a las medidas económicas de inicio de la década de 1990, modificándose de manera integral el marco legislativo relativo a las principales materias económicas.

Entre estas medidas destaca la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada³ que garantiza el desarrollo de la inversión bajo los principios de libre competencia, libre iniciativa e igualdad de derechos para inversionistas privados y extranjeros. En el caso de estos últimos, se expidió además una norma específica⁴ que posibilita la firma de convenios de estabilidad jurídica con rango de ley donde se garantizan una serie de derechos en materia tributaria, laboral, de libre disponibilidad de divisas y de exportación, así como estabilidad del derecho a no ser discriminados. Dichos convenios otorgan ultra-actividad al régimen legal vigente al momento de suscripción (es decir, serán vigentes aún si se promulgan nuevas normas) y pasan a ser leyes entre las partes teniendo un plazo de vigencia de 10 años contados a partir de su celebración. Como parte de la estrategia de darle credibilidad a las reformas se han establecido reducidos requisitos para acceder a los convenios, lo que permite que exista un mayor número de participantes beneficiados con el esquema.

En 1993 se consolidó este régimen en la nueva Constitución. Los principales planteamientos que se incorporaron en ella fueron:

- (I) Promover la libre iniciativa privada, la libre competencia y la igualdad de trato para todas las actividades económicas.
- (II) Garantizar la posibilidad y la libertad de suscribir convenios de estabilidad entre los inversionistas privados y el Estado.
- (III) Establecer igualdad entre inversionistas nacionales y extranjeros.
- (IV) Garantizar el derecho a la propiedad privada.
- (V) Permitir al Estado y a las personas de derecho público recurrir al arbitraje nacional o internacional para solucionar las controversias que surjan de los contratos con personas de derecho privado.

También se suscribieron acuerdos internacionales de protección a la inversión extranjera y de resolución de conflictos vía arbitraje internacional tales como el MIGA, OPIC e ICSID. Acuerdos que complementan las medidas constitucionales internas al elevar el costo estatal de ejercer actos arbitrarios en el futuro.

Adicionalmente se han suscrito convenios bilaterales de promoción a la inversión con varios países.⁵ Todos estos convenios son similares y constan de cláusulas estándares sobre el derecho a

³ Decreto Legislativo No. 757 promulgado a fines de 1991.

⁴ Decreto Legislativo No. 662 promulgado a fines de 1991.

⁵ Estados Unidos, Chile, Tailandia, Suiza, Corea, Reino Unido, Bolivia, Francia, Paraguay, Checoslovaquia, Colombia, Suecia, Italia, Rumania, entre otros.

no ser discriminado, libre transferencia de divisas al exterior, compensación en caso de expropiación, solución de conflictos por medio del arbitraje, principio de subrogación en los contratos de seguros por riesgo no comercial y otros.

Privatización de Actividades de Infraestructura

El proceso de privatización se dio siguiendo ciertos lineamientos en función de los objetivos estatales de fomentar la eficiencia y el éxito del proceso. Así, entre las características generales del proceso de privatización iniciado en 1991 tenemos:

- Se garantiza el control corporativo al inversionista privado bien sea a través de la adquisición de la mayoría de las acciones o de acuerdos especiales, requiriéndose por lo general el concurso de un operador estratégico con experiencia demostrable en la actividad.
- El Estado retiene una participación en la propiedad con la posibilidad de que sea vendida posteriormente tanto en el mercado local como internacional.
- Se incorpora a los trabajadores en el proceso facultándoseles a adquirir hasta el 10% de las acciones.
- Se desarrolla un esquema de participación ciudadana, que busca alinear los objetivos del gobierno con el de los ciudadanos comunes, mediante la adquisición de un paquete accionario minoritario que luego les sería ofrecido en condiciones preferenciales como alternativa de ahorro. Este esquema busca, además de consolidar el proceso, legitimarlo para evitar que posteriormente sufra una reversión.

El proceso de privatización se ha llevado a cabo por la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) bajo diferentes modalidades dependiendo de las características de las actividades privatizadas. Estas han sido:

- (I) La transferencia al sector privado del total o de una parte de las acciones y activos de las empresas estatales.
- (II) El aumento de capital de las empresas del Estado mediante aportes del sector privado.
- (III) La celebración de contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia o concesión con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras de derecho privado o personas jurídicas de derecho público constituidas en el extranjero.
- (IV) La disposición o venta de activos de las empresas, cuando ello se haga en razón de su disolución o liquidación.

En el caso de los servicios públicos se decidió promover activamente la participación privada, garantizándose a los agentes económicos su libre adquisición, comercialización y prestación. En la concepción vigente, el Estado deja de participar en la propiedad y en la gestión empresarial, que pasan al sector privado, y asume la función de promover la competencia en el funcionamiento de

los mercados.⁶ Con este fin se creó la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI) que tiene un mandato similar al de la COPRI para infraestructura y servicios, de manera que se atiendan los requerimientos específicos de este tipo de contratos. Este es el caso del esquema de proyectos BOT (construir-operar-transferir del inglés build-operate-transfer), que por las características financieras de la inversión requieren el desarrollo de contratos e instrumentos de tributación muy específicos.⁷

Adicionalmente, los nuevos arreglos institucionales contemplan la creación de agencias reguladoras con diferentes grados de autonomía,⁸ criterios de selección de sus miembros, y medios de financiamiento. Sin embargo, todavía en su totalidad se encuentran dentro del Poder Ejecutivo. Las funciones que han asumido están ligadas al cumplimiento del marco regulatorio tales como la fijación de precios, el control de la calidad, supervisión del cumplimiento de contratos, la protección del consumidor frente al abuso de poder en el mercado y la no utilización de prácticas restrictivas a la libre competencia. Actualmente se cuenta con agencias reguladoras autónomas para los sectores de telecomunicaciones, electricidad, agua y servicios de saneamiento e infraestructura pública de transportes. El grado de autonomía de las agencias reguladoras, dependerá de las normas que disminuyan la posibilidad de captura tanto por parte de los regulados como de otras instancias estatales, entre las que se incluyen el financiamiento y los procedimientos de elección y remoción.

Desde que empezaron las privatizaciones en 1991, el Perú ha obtenido alrededor de US\$ 8,100 millones por la venta de activos o acciones, por la capitalización de empresas en marcha, por la entrega de concesiones y, en menor medida, por el pago de opciones de transferencias. Aunque el Estado ha tenido que asumir pasivos de algunas empresas por un monto cercano a los US\$ 1,500 millones. El procedimiento más utilizado en la privatización ha sido el de subasta pública. De acuerdo a la dimensión del proyecto y/o empresa, las subastas se realizaron en el ámbito internacional. En la mayoría de los procesos han existido varios postores, lo cual ha permitido obtener montos sistemáticamente superiores a los precios establecidos como base. La diferencia entre los precios base y los montos obtenidos se utilizó públicamente como un indicador del éxito del proceso en el corto plazo.

Paralelamente se establecieron programas de inversión en las empresas privatizadas, los mismos que a la fecha arrojan un monto total anunciado de US\$ 7,700 millones. A fines de 1997, el 82% de los recursos obtenidos mediante la privatización se concentraron en la venta de la participación estatal en empresas de telecomunicaciones, generación y distribución eléctrica, así como minería e hidrocarburos.

⁶ El proceso de privatización se inicia con la creación de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) como organismo centralizador del proceso, del cual a su vez se desprenden los Comités Especiales de Privatización (CEPRI) para cada empresa estatal a ser privatizada.

⁷ Dentro del tema de las concesiones, se contemplan cuatro modalidades: a título oneroso, a título gratuito, cofinanciada por el Estado y mixta (a título oneroso o gratuito con cierta participación del Estado)

⁸ Además de las agencias reguladoras, la Constitución reconoce la autonomía de diez agencias vinculadas algunas de ellas al Poder Judicial y a las instancias con competencia en elecciones. También existen en el Estado peruano una serie de organismos públicos descentralizados (OPDs), que se ubican en un espectro muy amplio en cuanto a autonomía y que siempre se encuentran adscritos a un Sector del Poder Ejecutivo.

Es importante destacar que en el proceso no se incluye a las empresas y actividades a cargo de los gobiernos locales. En el Perú este nivel de gobierno es autónomo y se rige por su propia normatividad. Los gobiernos locales, principalmente los de mayores ingresos, han llevado a cabo pequeños procesos para entregar al sector privado actividades vía *out-sourcing* y en menor medida contratos BOT de pequeña magnitud. Parte de la dificultad de los gobiernos locales para pasar a esquemas de mayor participación se da por la dificultad de aplicar a este nivel el marco legal tendente a la “compra” de credibilidad, el cual es un mecanismo a la medida de las necesidades del gobierno central

Análisis de Casos

Se presentan cinco casos de participación privada en infraestructura. Dos proyectos se enmarcan en el sector telecomunicaciones, el primero referido a la privatización del monopolio estatal en telefonía fija y el segundo referente a la formalización, mediante un contrato de concesión, de la participación de una empresa privada en parte del mercado de telefonía celular. En el sector eléctrico, se analiza en primer lugar la venta de una de las principales empresas de generación con requerimientos de inversión dentro de un nuevo marco legal que establece la posibilidad de competencia. Luego, se examina la venta simultánea y con obligaciones de acceso universal, de las dos empresas de distribución de Lima Metropolitana surgidas de la escisión de la anterior empresa estatal que estaba verticalmente integrada. Por último, en el sector transportes se incluye la única experiencia peruana en concesión de carreteras, y que como característica adicional tiene la de haber sido realizada con ausencia de un ente regulador.

2. El Caso de Telefónica del Perú

2.1. Contexto del Sector y el Proyecto

A inicios de la década de 1990, el sector de telecomunicaciones presentaba una reducida cobertura y estándares de calidad muy por debajo de los de países vecinos.⁹ La estructura tarifaria de las empresas estatales no respondía a criterios técnicos sino más bien a decisiones políticas, lo que generó graves distorsiones. Antes de la privatización, la estructura tarifaria mantuvo elevados subsidios cruzados en beneficio del consumo mínimo para el servicio local, a costa de elevadas tarifas en las llamadas de larga distancia nacional e internacional. De este modo, aproximadamente el 5% de los usuarios proporcionaban alrededor del 29% de los ingresos.

El esquema de privatización adoptado otorgó el monopolio temporal en el servicio de telefonía fija local, larga distancia nacional y larga distancia internacional. Debido a la prohibición constitucional de establecer monopolios, se adoptó el eufemismo de establecer de un “periodo de concurrencia limitada” por cinco años mediante la desmonopolización progresiva del sector de telecomunicaciones. La concurrencia limitada se estableció en un instrumento diferente al contrato de concesión.

⁹ Aunque no se cuenta con información precisa, pero según datos del Banco Mundial, en 1992 entre el 35 y 40% de las llamadas no eran completadas. La densidad telefónica también era mínima, sólo alcanzaba 2.6 líneas por cada 100 habitantes, y en teléfonos públicos sólo 0.41 por cada 1000 habitantes.

2.2 Características de los Arreglos Contractuales

2.2.1 Descripción de los Contratos

Los contratos especifican las condiciones de la concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y se firman como parte del proceso de la venta de activos de los dos monopolios estatales, otorgándose el 35 % de la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT), 19.9% por aumento de capital, y 35 % de ENTEL Perú.¹⁰ La CPT tenía la exclusividad para brindar el servicio de telefonía fija local en Lima. ENTEL era el proveedor de servicios de larga distancia nacional e internacional, así como el proveedor exclusivo de telefonía fija local en el resto del Perú. La supervisión del cumplimiento de los contratos quedó a cargo del recientemente creado Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía (OSIPTEL), que participó como observador en el proceso de privatización.

En cuanto a las calificaciones consideradas para elegir al ganador, se pueden identificar tres etapas consecutivas y eliminatorias: la precalificación de posibles operadores, la firma de los contratos de concesión y la subasta o presentación de la oferta económica.

Se establecieron indicadores de capacidad técnica y financiera para precalificar a los postores, exigiéndose: a) Demostrar la prestación de servicios telefónicos a más de 2 millones de líneas principales en servicio o contar con un nivel anual de ingresos superior a US\$ 2,000 millones de dólares. b) Cumplir con los requisitos establecidos para la reparación de averías en 24 horas, llamadas de larga distancia completadas y conexión de nuevos servicios telefónicos realizadas dentro de los 30 días. c) Se incluyó también la calificación crediticia de “grado de inversión” de acuerdo a Moody’s o Standard & Poors, entre otras variables.

Los 8 postores¹¹ precalificados debieron firmar los contratos de concesión y entregarlos antes de la subasta, previos comentarios a las versiones preliminares, hasta en tres oportunidades. El consorcio ganador de las concesiones estuvo encabezado por Telefónica Internacional, de propiedad de la empresa española Telefónica de España, e integrado minoritariamente por dos socios locales: el Banco Wiese (el segundo banco peruano de la época) y Graña y Montero S.A. (empresa constructora líder de su sector), con 5% cada uno. Al ofrecer US\$ 2,002 millones de dólares, dicho consorcio pagó casi cuatro veces el precio base, fijado en US\$ 536 millones de dólares.

Conforme a las disposiciones vigentes para atraer inversión, los contratos son contratos-ley, es decir, solamente pueden ser modificados por una ley y su referente normativo inmediato o, la prestación del servicio portador y telefónico de larga distancia nacional e internacional en el territorio peruano.

El contrato de concesión de CPT le da derecho a la prestación de los servicios portador y telefónico local en las ciudades de Lima y Callao. El contrato de concesión de ENTEL obliga a la

¹⁰ Estrictamente, solamente ENTELPERU era de propiedad pública, mientras CPT era privada, pero controlada por el Estado. En un acuerdo previo a la subasta, se concluyó que los poseedores de acciones Clase A, las vendidas, tendrían mayoría en el Directorio y por lo tanto el control.

¹¹ AT&T, GTE y Southwestern Bell, France Telecom, Cable & Wireless, Telefónica Internacional, Korea Telecom, y STET Internacional.

separación de las operaciones de larga distancia nacional e internacional, en un plazo de cuatro años a partir de la fecha efectiva (27 de junio de 1994). Esta obligación es cosuperior es la Constitución Política del Perú. El plazo es de veinte años prorrogables. La prórroga puede otorgarse por veinte años o por períodos de 5 años, siempre que la suma de extensiones no exceda veinte años. Dentro de los primeros cinco años de la concesión, la empresa deberá decidir el tipo de renovación por la que optará.

El contrato de concesión de ENTEL es para la prestación del servicio portador y del servicio telefónico local en el ámbito nacional, a excepción del área concedida a CPT. Así consistente con uno de los objetivos del periodo de concurrencia limitada como es el de preparar el terreno para la competencia. En los contratos de la CPT y ENTEL, se establece que ambas empresas podían ser fusionadas, bajo la condición de que el servicio de telefonía de larga distancia se preste a través de una sucursal o subsidiaria de tal modo que la empresa integrada pudiera aprovechar las ventajas de las economías de ámbito de las operaciones de telecomunicaciones. De hecho, Telefónica del Perú es el resultado de dicha fusión.

El contrato puede darse por terminado de verificarse razones como:

- Violaciones reiteradas de disposiciones sustanciales del contrato, como las obligaciones en caso de emergencia y crisis, los procedimientos de verificación y control, secreto de las telecomunicaciones y protección de datos, requisitos contables, archivo y requisitos de información, interconexión y numeración, régimen tarifario general y reglas de competencia.
- Reiterado incumplimiento de las obligaciones de expansión de la red, salvo que la demanda sea inferior a las metas.
- Incumplimiento de disposiciones de importancia de los mandatos y resoluciones de OSIPTEL o el ministerio respectivo.

El contrato también sería dado por terminado si no se cumplía con el plan de reestructuración, es decir, la separación de la filial de larga distancia. Bajo terminación normal (vencimiento del plazo) o terminación anticipada, los activos de la empresa concesionaria se subastarán entre los concesionarios existentes de servicios similares o empresas aprobadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Con fines de regulación tarifaria, en el contrato de concesión se establece una clasificación de servicios (Categoría I y Categoría II) diferente de la contenida en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. Los servicios de Categoría I son aquellos asociados al periodo de concurrencia limitada y los servicios de Categoría II son todo el resto (telefonía fija local en áreas rurales, teléfonos públicos, telefonía móvil, buscapersonas, troncalizado, televisión por cable, telex, transmisión de datos, servicios telefónicos suplementarios).¹² Las reglas de fijación de precios son diferentes por categoría de servicio.

El periodo de concurrencia limitada (junio 94-junio 99) casi coincide con el periodo de rebalanceo tarifario (enero 94-diciembre 98) para los servicios calificados en el contrato como de Categoría I:

¹² Es interesante notar que el servicio de telefonía móvil no está incluido en estos CC. El Estado prefirió dejar vigentes los contratos firmados en 1991 como parte de actos administrativos.

cargo único de instalación, cuota de conexión mensual, llamadas telefónicas locales, llamadas de larga distancia nacional, llamadas de larga distancia internacional. El rebalanceo consiste en subir el precio del acceso (o renta mensual) y bajar las tarifas del resto de servicios. Su objetivo era lograr alinear los precios a los costos de provisión de cada uno de los servicios, eliminando de este modo los subsidios cruzados. Los subsidios cruzados están prohibidos *per se* en la legislación de telecomunicaciones.

En el contrato se especifican los niveles tarifarios en términos reales (soles de febrero de 1994) para cada fin de año del periodo de rebalanceo (diciembre 1994, 1995, 1996, 1997 y 1998), incluyendo la fórmula mediante la cual las tarifas reales se expresarán en términos nominales cada trimestre.

Al culminar el periodo de rebalanceo tarifario, los servicios básicos (o de categoría I) entrarán a regulación por *price-caps* (inflación menos factor de productividad). El organismo regulador determinará para cada canasta el factor de productividad y lo revisará cada tres años.¹³ Las canastas de servicios y el nivel inicial de las tarifas, en términos reales, están establecidos en el contrato de concesión, mas no el procedimiento para la determinación del factor de productividad.

Una característica importante de los contratos es que las metas de desempeño son bastante detalladas. Para empezar, el presentarse a la subasta suponía la aceptación de un compromiso de instalación de 638,000 líneas en Lima y de 559,600 en el resto del país, cifras que figuran en los contratos de concesión. Para el caso de la CPT, esto significaba duplicar el número de líneas instaladas, mientras que para ENTEL significaba multiplicar el número de líneas instaladas por 1.7. Asimismo, el operador se comprometía a cumplir determinadas metas de calidad. Cada uno de estos indicadores y las metas anuales respectivas están incorporadas en los contratos de concesión.

El contrato de concesión de ENTEL incluyó, entre otras, la obligación de conectar a la red a 1,486 poblados con más de 500 habitantes, e instalar 19,000 teléfonos públicos. Solamente por motivos de escasez de demanda, la empresa tendría justificación para incumplir las cláusulas referidas a las metas de expansión.

La empresa tiene la obligación de cumplir salvaguardas competitivas como no discriminar y no abusar de la posición de dominio y llevar un sistema de contabilidad separada por servicios. En ninguno de estos casos, existe mucha claridad en el contrato sobre el cómo implementar las salvaguardas o el sistema de contabilidad separada, lo que contrasta con las reglas de fijación de precios y las metas de expansión y calidad. Estas imprecisiones pueden llevar a cuestionar la importancia del contrato como uno de los instrumentos utilizados para preparar el terreno para la competencia.

¹³ Tres años es un periodo relativamente corto para la revisión del factor de productividad. En Inglaterra, pionera de la regulación por *price-caps* las revisiones del factor de productividad ocurren por lo menos cada cinco años.

Las disputas existentes sobre el contrato se solucionan por arbitraje local y bajo legislación peruana, que no es apelable ante los tribunales de la República ni a otras jurisdicciones como la Cámara de Comercio. La empresa operadora también renunciaba a cualquier reclamación diplomática. Los problemas surgidos con otras operadoras se solucionan con intervención del ente regulador.

2.2.2 Análisis de los Contratos: Principales Incentivos

De la Selección de Postores

El requisito de firma de los contratos de concesión previa a la presentación de la oferta económica otorga los mejores incentivos para reducir el margen de discrecionalidad del Estado, reducir el riesgo para la firma postora y evitar comportamientos estratégicos por parte de la empresa una vez otorgada la concesión. El proceso de selección de postores fue bastante exigente contando con asesoría externa para minimizar la atracción de especuladores.

De la Naturaleza y Duración

Dadas las posibilidades de expansión del servicio y el rango de duración del contrato le daba tiempo suficiente a la empresa para recuperar las inversiones. Por otro lado el que el instrumento legal tenga categoría de ley busca lograr un bajo nivel de riesgo que permita una inversión cercana al óptimo.

Si bien las causales de terminación parecían severas, el fin del contrato por incumplimiento de la empresa concesionaria depende en última instancia de la capacidad del organismo regulador para supervisar el cumplimiento del contrato y de las normas que el mismo emite.

Reglas de Fijación de Tarifas

La fijación de tarifas de telefonía fija y larga distancia en términos reales, además de proveer fórmulas de actualización de precios, permitió a la empresa ganadora una proyección más precisa de su flujo de caja. La incertidumbre se vinculaba bien a las previsiones sobre la evolución futura del tipo de cambio.

Por su parte, todos los procedimientos de ajuste de tarifas, incluyendo plazos, están especificados en los contratos de concesión por lo que el arreglo contractual es bastante completo, lo que redujo substantivamente el riesgo para el operador. Asimismo, los servicios denominados de categoría II están sujetos a regulación de tarifas máximas fijas, es decir, las tarifas que fije la empresa operadora no deberán exceder aquellas fijadas por el OSIPTEL. En virtud de esta cláusula, se regula a Telefónica de manera asimétrica, es decir, todas sus tarifas son aprobadas por el organismo regulador. De considerar que la competencia entre los proveedores de los servicios de categoría II es suficientemente vigorosa, como para asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios, OSIPTEL puede abstenerse de establecer tarifas o suprimir la regulación tarifaria.

De las Medidas de Desempeño

Paralelamente, al establecerse metas de expansión de líneas instaladas y teléfonos públicos, de conexión de pueblos rurales y de calidad del servicio, se crea un incentivo adicional al de mercado para que la empresa se desempeñe eficientemente. En estos casos, el esquema de incentivos es claramente favorable para que la empresa pueda realizar todas las ganancias de productividad y apropiárselas, en particular durante el periodo de concurrencia limitada cuando la regulación tarifaria no incluye ningún factor explícito de productividad. Además, el programa de rebalanceo implicó un decrecimiento real de las tarifas de conexión, por lo que el operador tenía incentivos para instalar líneas rápidamente de manera que pudieran aprovechar las tarifas más altas. Al mismo tiempo, los requisitos de calidad establecidos en el contrato se hacen más exigentes en el tiempo, por lo que en los primeros años, sin violar los mínimos requeridos en el contrato, el nivel de calidad ofrecido por la empresa dejó mucho que desear.

De los Mecanismos de Resolución de Conflictos

El arbitraje al derivar los problemas a un ámbito más técnico pone a la empresa en una posición similar a la del Estado y la protege de la arbitrariedad de los organismos estatales. Al reducir la incertidumbre respecto a la discrecionalidad del Estado, reduce el riesgo y promueve niveles óptimos de inversión. El ente regulador al resolver las disputas con otros operadores puede velar abiertamente por el respeto a la libre competencia, lo que disminuye los incentivos de la empresa para efectuar prácticas anticompetitivas. Sin embargo, la intervención del ente regulador no evita que una vez agotada la vía administrativa, se recurra al Poder Judicial donde no se garantiza un resultado adecuado. Además, las penalidades que el ente regulador puede imponer son realmente bajas y no representan una verdadera amenaza para el concesionario.

De las Garantías Contractuales

El rango de ley del contrato asegura al concesionario que sus cláusulas sólo pueden ser modificadas por otra ley. Asimismo, se suscribieron convenios de estabilidad con el Estado donde las condiciones tributarias, laborales y de acceso al mercado cambiario, vigentes a la suscripción del contrato se mantendrán durante el plazo de concesión. Ambos elementos reducen la incertidumbre sobre las condiciones en que se desempeñará la empresa y le permiten una proyección más confiable sobre sus perspectivas a futuro.

La inexistencia de indemnizaciones estatales en caso de que el Ministerio decida terminar anticipadamente el contrato, en caso de reiterado incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones de expansión, o de las disposiciones del OSIPTEL, busca que la empresa se vea en la obligación de no incumplir injustificadamente los compromisos adquiridos. El mecanismo de resarcimiento se da más bien a través del mercado, ya que la empresa se obliga a convocar a una subasta pública para la venta de los activos utilizados en la prestación de los servicios concedidos.

Además, la empresa se obliga a entregar una carta fianza por US\$ 8 millones por cada contrato, la cual tiene vigencia durante todo el plazo de duración del mismo y sus prórrogas. Visto el monto de la garantía a la luz de los ingresos de la empresa, actualmente del orden de los mil millones de dólares anuales, la misma resulta claramente insignificante.

Por último, debido a las grandes posibilidades de expansión del servicio, el monopolio temporal le daba tiempo suficiente a la empresa concesionaria para la recuperación de inversiones. Esto unido al mínimo riesgo por el carácter de contrato-ley, permitía niveles de inversión cercanos al óptimo.

2.3. Determinantes de los Arreglos Contractuales

2.3.1. Motivaciones y Objetivos Buscados

La opción elegida de firmar un contrato-ley con un periodo de concurrencia limitada (monopolio temporal), que permita un rebalanceo tarifario gradual, en lugar de un shock tarifario, tiene una racionalidad que se fundamenta en los siguientes factores. Primero, el Estado buscaba que el sector se expandiera de forma acelerada mediante la inversión externa, lo que se lograría únicamente mediante una fuerte reducción del riesgo para el inversionista. Segundo, en la época de la firma del contrato, las necesidades fiscales eran bastante apremiantes por lo que maximizar los ingresos de la venta fue también un objetivo. Tercero, el aprovechamiento de los subsidios cruzados iniciales en un contexto de expansión de servicio y demanda (asegurada por el *back log* de usuarios) permitía prever resultados positivos en la capacidad de generación de recursos de la empresa y que se esperaba permitiría elevar las posibilidades para una venta exitosa.

Debe quedar claro que la opción tomada privilegió el objetivo de eficiencia y maximización de ingresos por la venta sobre el de equidad. Sin embargo, se estableció el Fondo para la Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) para atender las necesidades de telecomunicación de pueblos rurales y localizados en áreas de preferente interés social.¹⁴ Se estableció un régimen de libre concurrencia para el resto de mercados de servicios públicos de telecomunicaciones como son los servicios de portador local, buscapersonas, troncalizado y los servicios de valor añadido en general.¹⁵ Mediante la concurrencia limitada y el duopolio existente en telefonía celular, (que será detallado más adelante) se protegió el mercado de aquellos servicios más importantes en la estructura de ingresos de una firma de telecomunicaciones.

2.3.2. La Naturaleza del Sector y la Necesidad de Regulación

La importancia de la red en los activos de la empresa determina que se detecte una baja proporción entre costos variables y costos fijos. En cuanto al grado de especificidad de activos es necesario distinguir diferentes niveles de análisis. En el ámbito de las diferentes industrias de servicios públicos, una red de fibra óptica solamente sirve para pasar señales de telecomunicaciones, siendo en esa medida específicos a la provisión de estos servicios. Sin embargo, al nivel de los diferentes servicios dentro de la misma industria, y debido al rápido cambio tecnológico y la tendencia a la digitalización, la especificidad de los activos en la industria de telecomunicaciones es cada vez menor. La misma red de fibra óptica, específica al sector de telecomunicaciones como un todo, ya no está restringida a la telefonía fija o a la transmisión de datos. Por otro lado, la industria de telecomunicaciones muestra una alta capacidad para hacer

¹⁴ El FITEL es administrado por el OSIPTEL. Las empresas prestadoras de servicios portadores y finales contribuyen al FITEL con el uno por ciento de sus ingresos brutos. Esta es la tendencia que se está adoptando a nivel mundial respecto del cumplimiento de las obligaciones de servicio universal, es decir, crear fondos y no distorsionar los cargos de interconexión.

¹⁵ La prestación de estos últimos sólo requiere la inscripción de la empresa en un registro ante el Ministerio.

pasar más servicios sobre una misma red, siendo la posibilidad de desempaquetar servicios bastante elevada en el sector, a diferencia de los sectores de electricidad y de saneamiento.

Estas consideraciones eminentemente técnicas implican que se den importantes garantías para el inversionista ya que una vez realizada la inversión, la posibilidad de recuperarla ante acciones oportunistas del Estado es bastante baja. Una manera de otorgarlas es la suscripción de un contrato-ley, conteniendo entre otros, la necesidad de establecer procedimientos para inspecciones, fijación de tarifas, y otros.

La industria registra importantes economías de ámbito, es decir, hay una serie de costos comunes, muchos de ellos fijos, lo que condiciona las opciones contractuales y regulatorias en el sector. Así, la importancia de estas economías en telecomunicaciones ha sido plenamente recogida por el marco legal y contractual que permite que la empresa brinde todos los servicios que estime conveniente de tal manera que pueda aprovechar estas economías. Esto contribuye a hacer eficiente su operación. Sin embargo, el riesgo con la integración vertical y la oferta diversificada de servicios es la provisión competitiva con “campo de juego nivelado” entre todos los jugadores. Como veremos más adelante, la opción contractual privilegió la eficiencia, en la medida que solamente se cuenta con dos salvaguardas regulatorias al uso anticompetitivo de las economías de ámbito: la contabilidad separada y la prohibición de subsidios cruzados.¹⁶ Se dio un plazo para implementar el sistema de contabilidad separada por servicios. Los resultados de dicha implementación no son conocidos aún. El logro de competencia no ha ocupado un lugar principal en la agenda.

Hasta el final del período de concurrencia limitada la competencia en servicios básicos es nula—telefonía fija local y llamadas y circuitos de larga distancia—debido a barreras legales a la entrada. Se da en otros servicios finales como buscapersonas y televisión por cable en el ámbito nacional.¹⁷ La elasticidad de la demanda a diferentes factores está muy ligada a los segmentos de consumidores y de servicios, siendo el segmento comercial muy sensible a calidad y confiabilidad del servicio.

Hay importantes externalidades de red involucradas en la provisión del servicio y se regulan con las metas de instalación de líneas y teléfonos públicos, así como, la disminución del precio de la conexión, factores todos que favorecen la instalación de más líneas. Mas aún, y debido al progresivo rebalanceo—que incluyó la reducción gradual de la brecha entre tarifas comerciales y residenciales—la empresa tuvo incentivos para ampliar fuertemente su capacidad de oferta de manera que pudieran aprovechar los relativos altos precios de conexión a la red, ya que, aún a esos precios, la demanda insatisfecha era significativa. No es de extrañar entonces, que las metas de instalación de líneas hayan sido ampliamente superadas.

¹⁶ Es interesante notar que ante una denuncia de prácticas anticompetitivas, el organismo regulador requirió información para realizar una prueba de subsidios cruzados. La empresa operadora solicitó un amparo ante el Poder Judicial arguyendo que la información solicitada violaría el secreto de las telecomunicaciones. La empresa obtuvo un fallo favorable, que ha aprovechado para restringir aun más la provisión de información.

¹⁷ Es importante destacar aquí la estrategia agresiva de mercadeo de la división de cable de Telefónica del Perú en las diferentes ciudades del interior del país. Han surgido acusaciones de la realización de subsidios cruzados por parte de dicha empresa, pero ninguna denuncia formal ha sido abierta y menos se ha proporcionado pruebas.

Por otro lado, el periodo de cinco años de monopolio permitiría preparar un escenario competitivo mediante el programa de rebalanceo tarifario y el fortalecimiento y aprendizaje del organismo regulador. Respecto al rebalanceo tarifario, éste se ha cumplido y el Perú, a diferencia de otros países que se abren a la competencia, tiene tarifas rebalanceadas por lo que se espera que con la competencia las tarifas disminuyan. Sin embargo, si bien varias denuncias anticompetitivas han sido vistas por el organismo regulador, la misma Ley de Telecomunicaciones ha fijado niveles irrisorios de sanciones por estas faltas.¹⁸

El Gobierno del Perú examinó varias opciones para estructurar el mercado, desde menos a más competitivas, y las posibilidades de cada una de expandir la red, aumentar las posibilidades de elección para los consumidores, lograr eficiencia y alta calidad del servicio, atracción para los inversionistas, y la factibilidad técnica y operativa. Como resultado del análisis, el Gobierno del Perú eligió privilegiar la expansión de la red, tratando de reducir el periodo de exclusividad y rebalancear las tarifas de forma gradual en un corto periodo. El Perú, de este modo, tuvo el periodo de exclusividad menor de la región (cinco años). Pero esa decisión dio también el menor tiempo de ajuste al recientemente creado organismo regulador para que prepare el terreno para la competencia en términos, por ejemplo, de las reglas de interconexión.

2.3.3. Restricciones a la Contratación/Regulación

Frente al riesgo intrínseco de la operación en telecomunicaciones, en los países en desarrollo se agregan el riesgo-país y las escasas posibilidades de generar ahorro interno. El contrato bajo análisis es un ejemplo de cómo los instrumentos regulatorios pueden minimizar estos riesgos, dando al mismo tiempo importantes incentivos para la expansión de la red, modernización y oferta variada de servicios.

El primer elemento de reducción del riesgo es la firma de un contrato-ley como mecanismo de compra de credibilidad del Estado frente al riesgo de expropiación que enfrenta la empresa cuando hay activos específicos e inversiones hundidas involucradas. Los requisitos para la precalificación apuntaron a la búsqueda de un operador con presencia internacional y acceso a mercados de capitales para financiar la magnitud de la inversión requerida y cumplir con las metas establecidas en el contrato.

En la medida que el cambio tecnológico domina el sector, los contratos serán necesariamente incompletos ya que es imposible predecir la dirección del cambio de las tecnologías y los servicios y anticiparse con las cláusulas contractuales adecuadas. De ahí, que el carácter de contrato-ley pueda tener sus lados débiles. Por ejemplo, el contrato establece que ningún servicio puede dejar de ser prestado y dentro de ellos está el servicio de telégrafo que prácticamente no tiene demanda.

De otro lado, la fijación de niveles tarifarios y las fórmulas de actualización contribuyeron a minimizar la variación de los retornos. Los niveles tarifarios en términos reales están fijados en el contrato. Las variables que afectan la actualización dependen del desempeño macroeconómico del país. Lo único que corresponde al organismo regulador es recibir la información y aplicar las

¹⁸ La máxima sanción aplicable es de 50 UIT. Cada UIT es aproximadamente equivalente a mil dólares. Si la empresa factura anualmente más de mil millones de dólares, se comprenderá el adjetivo “irrisorio”.

fórmulas, reduciendo las posibilidades de un comportamiento oportunista del gobierno en respuesta a presiones de los consumidores.

En telecomunicaciones, el grado de predicción de las contingencias que afectan la demanda y los costos es mínimo. El cambio tecnológico domina el desempeño. Es posible escribir contratos completos en las dimensiones especificadas, si se define el servicio, pero no es posible predecir por cuánto tiempo estarán vigentes debido, precisamente, a la velocidad del cambio tecnológico. Por ejemplo, el contrato obliga a la empresa a no dejar de ofrecer ningún servicio por lo que la telegrafía debe seguir siendo ofrecida. Por otra parte, la tecnología es poco conocida internamente por lo que el organismo regulador depende estrictamente del sector privado para enterarse de los desarrollos tecnológicos.

No existe ninguna previsión legal para la utilización de transferencias del gobierno. El fondo para la expansión rural se financia con ingresos del mismo sector y es administrado por el organismo regulador.

El organismo regulador se financia con un porcentaje de la facturación de todas las empresas en el sector. Sin embargo, siendo Telefónica la empresa más grande del Perú, el organismo regulador depende críticamente del éxito de la empresa. Es importante anotar que el regulador ha venido aprendiendo en el trabajo mismo de regular y supervisar el cumplimiento del contrato.

2.4. Evaluación Preliminar: Desempeño de la Empresa y Situación Actual de la Concesión

A nivel tarifario se ha experimentado una elevación de la renta básica mensual como consecuencia del rebalanceo tarifario, pero las tarifas topes promedio para llamadas locales y de larga distancia nacional e internacional tienen una tendencia decreciente, al igual que los costos de instalación (ver Cuadro 1).

Telefónica ha cumplido con la mayor parte de las metas de calidad y cobertura establecidas en el contrato. Entre ellas las referidas a cobertura, en la actualidad la densidad telefónica supera los 7.2 por cada 100 habitantes, al mismo tiempo el número de cabinas públicas se acerca a las 40,000, superando las 19,000 establecidas como meta para el período 1994-1998.

Financieramente, Telefónica del Perú se ha convertido en una empresa rentable y de rápido crecimiento, alcanzando utilidades netas mayores al 25% de sus ingresos. La cotización de sus acciones en la Bolsa de Valores de Lima ha experimentado un continuo aumento.

Para el año 2000 Telefónica proyecta elevar la densidad de líneas a un porcentaje superior a 10 por cada 100 habitantes, como una forma de posicionarse en el mercado ante la futura competencia, la que recientemente se ha adelantado por acuerdo entre las partes a partir de agosto de 1998.

Cuadro 1: Indicadores de Desempeño de Telefónica

Indicador	1992	1995	1996	1997	1998
Líneas en servicio / 100 hab.	2,5	4,7	5,9	6,7	6,3
Líneas instaladas	620,000	1,359,626	1,764,809	1,918,691	2,012,141
Inversión anual (mill. US\$)	28,8	793	467	451	450
Renta básica residencial (US\$)	1	4,3	9,7	13,0	14,5
Tarifa LDI (US\$ / min)	2,25	1,67	1,46	1,24	1,16
Costo de acceso a la línea residencial (US\$)	1500	416	351	287	177
Utilidad neta (US\$ MM)		366,22	386,53	394,36	231,0
Utilidad neta/ingresos		28.8%	28%	28.8%	17,2%
Utilidad por acción		0,36	0,40	0,46	0,29

Fuente: Memorias de Telefónica
Elaboración: Macroconsult S.A.

Como se puede ver en el Cuadro 2, la evolución general de los indicadores de calidad ha sido favorable, cumpliéndose las metas establecidas en el contrato.

Cuadro 2: Indicadores de Calidad del Servicio					
Indicador	1995	1996	1997	1998	
Tasa de incidencia de fallas	52.1	51.8	33.6	24.8	
Tasa de corrección de fallas locales	59.2	84.6	93.6	97.3	
Llamadas locales completadas	93.6	99.4	99.7	99.9	
Llamadas telefónicas completadas de larga distancia	50.7	53.1	52.3	54.7	
Llamadas internacionales completadas	91.4	99.8	99.8	99.9	
Respuestas del operador	75.0	91.3	91.0	86.9	

Fuente: OSIPTEL
Elaboración: Macroconsult S.A.

El programa acelerado de expansión y modernización de la red como resultado de la ejecución del contrato ha agravado el problema de información asimétrica. Esto se explica porque el Estado ya no conoce el actual despliegue de la red y a que, si bien los contratos de concesión contienen cláusulas que obligan a la empresa a brindar información, en la práctica, ello se ha limitado por la empresa a aquella que considere necesaria para efectuar las tareas de supervisión. Esto contribuye a reducir el riesgo para la empresa pero atenta contra el mantenimiento de un “campo de juego nivelado” para la participación de nuevos agentes.

Entre los aspectos adicionales para analizar, están el reglamento de interconexión y su aplicación efectiva en un contexto donde la asimetría de información es importante. Debido a factores ligados a la economía política de la regulación como el número creciente de usuarios de menor

ingreso, conforme se incrementa la penetración en el mercado en un contexto de rebalanceo tarifario, es de esperar que el nivel de morosidad y posibles quejas aumenten.

Telefónica del Perú se ha convertido en la empresa más grande del país. Su poder es amplio y extendido y algunos de sus altos funcionarios han detentado cargos en los más altos niveles directivos del sector público.¹⁹ Telefónica cotiza ADRs en la Bolsa de Nueva York y es la principal empresa en la Bolsa de Lima, por lo que el desempeño de la acción envía señales sobre la salud general de la economía peruana. Los sindicatos han perdido influencia y los consumidores no logran una representación organizada y creíble. Finalmente, siendo Telefónica del Perú la primera empresa del país, resulta siendo la principal contribuyente a los ingresos fiscales.

En cuanto a consideraciones competitivas, se han registrado problemas de Telefónica con empresas en los mercados de telefonía celular (Tele 2000) y en el acceso a Internet (Red Científica Peruana). El primer problema se solucionó mediante un acuerdo entre las partes y se refería a las dificultades de la empresa para la interconexión. El segundo se refería a la acusación de la Red Científica Peruana hacia Telefónica por querer retirarla del mercado de Internet, y practicar *dumping* al no cobrar por el acceso, lo que significaba un subsidio cruzado hacia una de las ramas de la actividad verticalmente integrada, cubriéndose mediante la rentabilidad de sus otras actividades.²⁰

Existe otro hecho importante. El alto precio²¹ que Telefónica pagó por el control operativo de las empresas ha generado una percepción en la población que la empresa necesitaba recuperar rápidamente la inversión y antes de que se abra el sector a la competencia, es decir, que culmine el periodo de concurrencia limitada. Cualquier actualización tarifaria de acuerdo a los contratos de concesión es recibida con cada vez mayor oposición por parte de la población y como cada vez hay más gente suscrita al servicio crece el interés específico en los precios de los servicios.

En general, se considera que el proceso de privatización de telecomunicaciones en el Perú ha sido el más exitoso y completo y fue el primer gran proceso de convocatoria del sector privado. Así ha servido de señal de credibilidad en el proceso de privatización del resto de empresas de servicios públicos.

¹⁹ Por ejemplo, la ex-Secretaria General de la Presidencia de la República así como un antiguo alto funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas y un ex-ministro son o han sido funcionarios de Telefónica del Perú.

²⁰ Es interesante notar que, una vez agotada la vía administrativa en la controversia con Red Científica Peruana, Telefónica ha llevado el caso al Poder Judicial, lo que no ha ocurrido en las controversias sostenidas con Tele2000 (el otro operador de telefonía móvil).

²¹ En Argentina, se pagó US\$ 705 por línea instalada; en Chile, US\$ 1,348; en México, US\$ 1,915; y en Venezuela US\$ 2,370. En Perú, el precio por línea instalada alcanzó US\$ 8,773, siendo el periodo de exclusividad el más corto de la región.

3. El Caso de Telefonía Móvil Celular en Lima y Callao

3.1. Contexto del Proyecto

Se analizará el Contrato de Concesión Adicional para el Servicio Público de Telefonía Móvil en Lima y Callao entre el Estado peruano y la empresa Radio Tele S.A. - Radio Panamericana, cuyo nombre comercial es Tele2000. A la fecha de firma de este contrato, junio de 1991, estaba vigente el Decreto-ley 19020, dado por el Gobierno Militar (1968-1980), y que normaba las telecomunicaciones. De acuerdo a dicha ley, el Estado solamente podía otorgar en concesión los servicios de telefonía pública y de distribución por circuito cerrado a empresas estatales asociadas. Radio Tele S.A. era una empresa con participación estatal y poseía la concesión del servicio público de distribución de telecomunicaciones por circuito cerrado. De no haber participado Radio Tele en esta asociación con Radio Panamericana, los agentes privados interesados en el desarrollo del servicio no hubieran podido brindarlo.

El contrato se firmó después de haberse emitido el Reglamento de Telefonía Móvil y haberse delimitado el área de concesión. Es interesante notar que se firma un año después de haber asumido Fujimori la Presidencia de la República, pero antes de los primeros cambios legislativos consistentes con el cambio de orientación para el papel del Estado (que datan de noviembre de 1991).²² Pero también es sumamente importante precisar que el contrato de concesión se firma alrededor de un año después de que Radio Tele/ Radio Panamericana/ Tele2000 hubieran comenzado a prestar el servicio.

En la actualidad, el titular del contrato es Tele2000-Bell South. Cuando Tele2000 buscó un socio estratégico durante el año 1996, una de las exigencias de Bell South fue que Tele2000 fuera pleno titular de sus concesiones. En la medida que la principal concesión de Tele2000 era propiedad de la asociación Radio Tele y Radio Panamericana y que la propiedad de Radio Tele era compartida con el Estado, Tele2000 tuvo que negociar con el Estado la venta de sus acciones en esta última. Al mismo tiempo, Tele2000 debía lograr la aprobación del Ministerio para la venta de la empresa a Bell South. A continuación, ilustramos algunas fechas claves del otorgamiento de esta concesión:

²² Y bajo los cuales se firman los Contratos de Concesión con Telefónica del Perú (analizados en la sección anterior).

Cuadro 3: Cronograma de Sucesos en Telefonía Celular

<i>Fecha</i>	<i>Acto de la Administración</i>
22 de noviembre de 1982	R.M. 0025-82-TC/TEL Se aprueba el Contrato de Concesión de Servicio Público de Distribución de Telecomunicaciones por Circuito Cerrado (a Radio Tele)*
1 de abril de 1991	D.S. 009-91-TC Aprueba Reglamento de Telefonía Móvil
28 de junio de 1991	R.M. 439-91 TC/15.17 Define área de cobertura de Radio Tele y bandas de frecuencias
28 de junio de 1991	R.M. 440-91 TC/15.17 Aprueba contrato de concesión de Radio Tele
16 de julio de 1991	R.D. 737-91-TC/15-17 Concede permiso a Radio Tele S.A. para instalar y operar un servicio de radiocomunicación móvil terrestre.

* Ha sido interesante constatar que esta Resolución Ministerial no fue publicada en el diario oficial
Elaboración: Macroconsult S.A.

3.2. Características de los Arreglos Contractuales

3.2.1 Descripción del Contrato

Este es un contrato de concesión como acto administrativo del Estado, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). La firma de este contrato significó la regularización de la ocupación de hecho de una de las bandas para telefonía móvil en Lima Metropolitana. Como ya fue mencionado, Tele2000 había comenzado a operar dicho servicio en 1990.

La cobertura geográfica de la concesión abarca la zona metropolitana de la capital de la República, incluyendo la Provincia Constitucional del Callao. En el contrato, se adjunta un mapa que contiene el área de concesión y se consigna el nombre de aquellos distritos que, no estando incluidos en el mapa, son parte del área de la concesión. Asimismo, se dice que incluye los distritos que son parte de la “... zona de influencia del servicio que tiene la concesionaria”. Pero este listado no considera todos los distritos que son parte de la provincia de Lima.

La concesión se otorgó por veinte años, a partir del plazo de la primera licencia de instalación (16 de julio de 1991). Las causas de resolución del contrato y que generan la pérdida de las frecuencias, tienen que ver con:

- Incumplimiento del plan de inversiones;
- Incumplimiento de requisitos de intransferibilidad de acciones;
- Incumplimiento del plazo de pago de tasas, derechos y conceptos asociados al otorgamiento de la concesión;
- A criterio del Estado, en caso de devenir el contrato en contrario al interés social, lo que otorga un amplio poder discrecional al Estado.

Si el contrato se resolviera antes del plazo de terminación, el concesionario se obliga a transferir la operación en aras del interés público y la continuidad del servicio. Asimismo, se especifica que el precio a pagar por la transferencia será determinado de común acuerdo entre las partes—Estado y empresa—o por un arbitraje técnico.

Entre los requisitos para obtener una concesión, se encontraba la presentación del plan de inversiones y de expansión. Se especifica que la firma estará sujeta a la regulación tarifaria que proponga la entonces Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones.²³ Se especifica que la comisión fijará tarifas máximas. El contrato estipula que la empresa no podrá aplicar tarifas discriminatorias.

Según el contrato, la regla de fijación de tarifas debía basarse en el modelo de una empresa eficiente que realice una utilidad razonable, lo que se constituyó en una exigencia para el Estado que excedía la capacidad institucional de la época. Asimismo, se acordó el derecho de la empresa a participar en las deliberaciones y votaciones en la Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones, hoy reemplazada por OSIPTEL. Esto recoge la normativa vigente a la fecha y que databa de julio de 1981. El contrato no contiene más detalle que el enunciado de estos principios, salvo el establecimiento de que la empresa está obligada a fijar precios por costos, presentando sus costos al MTC, lo que le daba amplio margen a la empresa para conducir una política de precios propia.

El Ministerio autorizaría la utilización de los respectivos canales de radiofrecuencias a medida del avance en el cumplimiento del plan de expansión y previa solicitud de la empresa.

El contrato establece que el servicio de telefonía celular deberá beneficiar con equidad a toda el área de cobertura. Por este motivo, la concesionaria se comprometía a prestar el servicio de radiotelefonía para atender necesidades rurales, sociales, de seguridad y de emergencia. Asimismo, puede brindar los servicios de telefonía pública y de cabinas telefónicas. De acuerdo al ordenamiento legal vigente a la fecha de firma del contrato, extender la concesión a otros servicios, hubiera requerido tantas concesiones como servicios a brindar.

Respecto a la calidad del servicio, en el contrato se afirma que “... desde el punto de vista del abonado debe ofrecer un servicio similar al del servicio por línea fija: Buena calidad vocal y fiabilidad”. Un anexo contiene los requisitos de calidad y abunda en especificaciones técnicas de la red: permitir conmutación, mínimo número de celdas, tecnología AMPS, equipos nuevos y de última generación, considerar tendencia a la digitalización, compatibilidad con diferentes marcas de equipos terminales.

Ninguna cláusula en el contrato contempla un mecanismo de arreglo de disputas. Tampoco se especifican garantías contractuales específicas por parte del Estado.

El contrato contiene una cláusula explícita, escrita al amparo de la Ley de Telecomunicaciones, que prohíbe “... transferir o ceder la concesión directa ni indirectamente a persona alguna.” Esto

²³ Las funciones de esta comisión fueron asumidas por Osipitel en 1993.

incluye la cesión de acciones.²⁴ Solamente se pueden transferir previa aprobación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En el contrato se reconoce que es obligación del MTC cautelar y garantizar el uso racional de las frecuencias radioeléctricas por constituir un recurso escaso. En este caso, el espectro respectivo fue otorgado a solicitud de parte y sin más pago que el correspondiente al canon.

3.2.2. Análisis del Contrato: Principales Incentivos

De la Naturaleza y Duración del Contrato

A diferencia de los contratos de concesión de Telefónica del Perú, no requiere de una ley para ser modificado. La fecha de la firma del contrato es aquí clave ya que se firma antes del primer conjunto de cambios normativos consistentes con el programa de reformas económicas, pero un año después de que el presidente Fujimori comenzara su primer periodo de gobierno.

El hecho que el Estado pudiera dar por terminado el contrato por causa de interés público generaría incentivos contrarios para el incremento en la inversión, contrarrestando el efecto del plazo largo de vigencia (20 años). Asimismo, la imprecisión en la determinación del área de concesión abre además la puerta para un comportamiento oportunista de la empresa al extender su área de servicio más allá de lo legalmente permitido, lo que podría atentar contra derechos de terceros.

De las Medidas de Desempeño

- Reglas de fijación de precios

Al basarse la regla de fijación de tarifas en costos reportados y en la simulación de una empresa eficiente—para lo cual el Ministerio de entonces no tenía la menor capacidad—se generaron incentivos para que la empresa sobrerreporte y se le pueda fijar topes más altos que le permitieran extraer el excedente del consumidor.²⁵

- Metas de desempeño

El cumplimiento del plan de expansión era una condición esencial de la concesión. Sin embargo, en la medida que cada concesión tiene un plan de expansión, se generan obligaciones de supervisión por parte del Estado que éste es incapaz de cumplir de manera sistemática. No obstante, en este contrato la utilización de espectro se aprueba de manera progresiva conforme al cumplimiento del plan de expansión.

De este modo, era el inversionista quien ponía las metas en su solicitud de concesión, por ello no es de extrañar que no existan metas numéricas salvo para los dos primeros años: cinco mil abonados para el primer año, y diez mil para el segundo. A partir del tercer año, se definiría de

²⁴ Este es un elemento clave en el análisis del proceso de convocar un socio estratégico para la empresa el año 1996.

²⁵ Este incentivo estaría contrarrestado de haber competencia. Sin embargo, en 1991 no era claro el compromiso del Estado con la privatización y CPT—el competidor de Tele2000 en Lima en telefonía celular—no pudo llevar adelante sus planes de expansión del servicio móvil.

común acuerdo un plan quinquenal de expansión. Este es un contrato bastante abierto que puede dar lugar a comportamientos oportunistas por cualquiera de las partes; así el vacío respecto de las metas de desempeño más allá del segundo año abre las puertas a que la empresa se comporte de manera oportunista informando de demandas menores y, por lo tanto, de aun más reducidas metas de expansión—que van de la mano de altas tarifas. Al mismo tiempo, no se podría utilizar más espectro a menos que se demostrara su necesidad. Se puede pensar, entonces, en un balance en los incentivos a comprometerse a metas de expansión reducidas *versus* la utilización de mayor espectro.

- De la calidad del servicio

En comparación con el contrato de Telefónica, la regulación de la calidad era más bien deficiente, ya que su tratamiento al ser muy general, no le imponía a la empresa verdaderos estándares a cumplir. Sólo se especifica el uso de la tecnología AMPS. Las frecuencias otorgadas están canalizadas para telefonía móvil analógica. Se exigía al mismo tiempo la instalación de equipos nuevos y que se tome en cuenta la tendencia a la digitalización, siendo este último el único elemento que abre la posibilidad regulatoria de adopción de mejoras tecnológicas.

En general, el arreglo contractual se enmarcaba dentro de un entorno que daba demasiada flexibilidad a la empresa, en parte por el rápido avance tecnológico en el servicio, por lo que sus metas no responden necesariamente a los objetivos que tendría el Estado.

De los Mecanismos de Arreglo de Disputas y Garantías Contractuales

En tanto ningún procedimiento fue especificado, el margen para el comportamiento oportunista por cualquiera de las partes estaba abierto. Es más, posteriormente se vio que cuando una disputa derivó ante el Poder Judicial, referida al acceso a información del ente regulador, ésta fue resuelta a favor de la empresa, aduciéndose razones como el secreto de las telecomunicaciones, lo cual indicaba por lo menos las limitaciones del Poder Judicial para analizar casos de sectores específicos con una dinámica particular.

3.3. Determinantes de los Arreglos Contractuales

El retraso relativo en la fase inicial del desarrollo del mercado de telefonía celular reflejaría las limitaciones del marco regulatorio anterior a las reformas, que no logró promover la inversión privada en una industria con un elevado ritmo de avance tecnológico. En este punto, es importante recordar que el paquete de medidas de reforma económica, realizado con apoyo del Banco Mundial, fue dado en noviembre de 1991. Durante los dieciséis meses que transcurrieron desde que Fujimori tomó el poder y se promulgó la legislación promotora de la reforma económica, el Estado siguió actuando de una manera mas bien reactiva ante las iniciativas de los inversionistas privados. En otras palabras, es por la presión del influyente grupo inversionista que el Estado consiente y legaliza inversiones ya realizadas, regularizando una situación para la que tampoco existía con anterioridad un marco legal adecuado.

3.3.1 Motivaciones y Objetivos Buscados

Al negociar el contrato, el propietario de Tele2000 también tenía en su poder una de las más importantes estaciones de televisión del país, además de estar ligado a importantes grupos de interés. Es consenso que esta situación le confería un poder especial para lograr del Estado las normas que mejor servían sus intereses. Asimismo, existe coincidencia en afirmar que la estrategia de operaciones del grupo, tanto en radiodifusión como en telecomunicaciones, ha sido la de “hechos consumados”, es decir, primero instalaba, operaba y luego regularizaba a través de su manejo del poder político.²⁶ La secuencia de hechos de esta concesión confirma esta apreciación. Con relación a este contrato en particular, parte de ese poder explicaría la inexistencia de pago por la concesión y menos por el recurso escaso, de oferta fija, que es el espectro radioeléctrico, así como en la imprecisión respecto a los estándares de calidad y/o metas de expansión

Es claro que la firma de este contrato respondió a intereses particulares del empresariado privado nacional y a la necesidad de legalizar la ocupación de hecho de la banda celular. En la práctica, representó la posibilidad de ofrecer servicio telefónico frente a la incapacidad de hacerlo por la empresa estatal (CPT), quien bloqueó la interconexión de la empresa privada. En tanto las tarifas y los planes de expansión de la CPT hasta su privatización respondieron a objetivos políticos,²⁷ la CPT no contaba con los fondos para financiar la ampliación del servicio hacia telefonía celular y tampoco la visión estratégica de romper su propio monopolio ofreciendo alternativas de servicio.

En este caso, no hubo un pago específico por el derecho de concesión, más allá del porcentaje mínimo sobre la inversión inicial que cualquier operador pagaría por cualquier concesión. Tampoco hubo concurso público de ofertas, un requisito razonable en el caso de un recurso de oferta fija.

3.3.2 Naturaleza del Sector y la Necesidad de Regulación

La telefonía móvil depende del espectro radioeléctrico, que es un recurso de oferta fija. En este caso, la decisión sobre el número máximo de competidores la toma el Estado al asignar frecuencias y canales a determinados servicios. Bajo el estándar AMPS, adoptado en el Perú siguiendo a los Estados Unidos, solamente hay lugar para dos empresas competidoras que ocupan las dos Bandas: A y B. Esta asignación se ha realizado bajo el anterior paradigma de énfasis en la participación estatal en la provisión de estos servicios.

La adopción de este estándar supone una estructura de mercado que limita la competencia porque solamente admite dos operadores. Solamente esta variable hubiera justificado un concurso público de ofertas por el derecho de concesión. El que no haya habido tal concurso y que el derecho de concesión haya sido fijado en un monto mínimo al valor de la concesión sostiene la hipótesis que explica la forma contractual como resultado de la presión del inversionista privado.

Se define así un duopolio en telefonía celular con consecuencias previsibles en precios y calidad del servicio. Hacia fines del año 1995, el número de abonados celulares entre las dos empresas

²⁶ Otro hecho a resaltar es que la estación de televisión de su propiedad fue la primera en tener cobertura nacional, lograda a través del uso de la red de ENTEL PERU—empresa estatal—. Esta red no fue puesta a disposición del resto de canales de televisión sino hasta fecha muy posterior.

²⁷ Con subsidios cruzados generalizados: la renta básica costaba menos de un dólar y un minuto de larga distancia tenía tarifas prohibitivas.

proveedoras del servicio no llegaba a 50,000.²⁸ Un elemento adicional es la reducida elasticidad de la demanda de quienes fueron los primeros suscriptores, presumiblemente demandantes del atributo “movilidad”. Ante esta situación, una regla de fijación de tarifas topes en función de los costos reportados por la empresa se explica por ser el contrato respuesta a intereses del sector privado de aprovechar una demanda altamente inelástica con barreras de entrada al mercado.

En telefonía celular, la relación entre los costos variables y costos fijos es mayor que en la telefonía alámbrica. En la telefonía móvil, el costo de instalar y desplegar la red es significativamente menor por abonado que en la telefonía fija servida por medios alámbricos. Sin embargo, los costos de operar una red móvil son mayores que los costos de operar una red fija. Los activos son específicos a la actividad de telefonía móvil. En el Perú, se adoptó el estándar AMPS, que fue desarrollado y adoptado en los Estados Unidos. Una cláusula del tipo “... la concesión puede suspenderse por resultar contraria al interés público...”, que está efectivamente incluida en el contrato, puede dar lugar a inversiones subóptimas. Estas consideraciones pueden explicar el hecho de tener un contrato con metas de desempeño limitadas y abierto en un conjunto de decisiones y eventuales comportamientos oportunistas.

Por otro lado, en el caso de la telefonía celular analógica, la posibilidad de desempaquetar servicios es baja. Ciertamente, pueden desempaquetarse una llamada local y una de larga distancia, lo que legalmente hubiera requerido una concesión. Pero con la digitalización, las posibilidades de desempaquetar aumentan ya que sobre la misma frecuencia radioeléctrica, pueden pasarse señales digitalizadas, las que pueden ser de buscapersonas, fax, Internet, etc. Las frecuencias asignadas para este servicio son útiles para señales analógicas como para señales digitales, que es la dirección del cambio tecnológico en esta industria. Más allá de las ganancias de corto plazo con un duopolio con barreras a la entrada, el esfuerzo de formalizar la ocupación de hecho de la banda—a precio mínimo, sin embargo—puede explicarse por la incertidumbre y expectativa positiva de desarrollo tecnológico.

3.3.3 Restricciones a la Contratación/Regulación

Las dos grandes restricciones a la contratación en este sector y en ese momento político (1990-1991) radican en aspectos institucionales, de un lado, y en aspectos tecnológicos, de otro. El marco promotor de la inversión privada en 1991 no había sido establecido todavía. OSIPTEL, el organismo regulador, se crea en 1994, a raíz del proceso de privatización de CPT-ENTEL. Hasta ese momento, la regulación se emitía desde el Ministerio, sujeto a los vaivenes del poder político y a las restricciones de presupuesto que limitan la capacidad técnica de los funcionarios. En este contexto, un buen conjunto de regulaciones surge a raíz de las iniciativas privadas en un proceso de negociación fuertemente influido por el balance de poder político de cada parte.²⁹ Desde el punto de vista tecnológico, las telecomunicaciones son uno de los sectores más dinámicos de la economía y resulta sumamente costoso adelantarse a las necesidades de intervención del Estado. Las cláusulas de este contrato deben entenderse en este marco y quedará más claro con el análisis siguiente.

²⁸ Ha sido la decisión regulatoria de 1996 de introducir el sistema “el que llama, paga”, la que ha hecho despegar el mercado, habiéndose llegado a finales de 1997 a alrededor de 400,000 abonados.

²⁹ El empresario con la iniciativa y el ministro del sector.

El principal instrumento de regulación es la fijación de precios, mediante tarifas máximas fijas. Sin embargo, el tipo de regulación tarifaria está sujeta a una serie de problemas de contratación ya que la cláusula indica que los topes tarifarios son fijados por la Comisión Reguladora de Tarifas directamente dependiente del Ministerio. No hay regla de indexación y/o fórmula de fijación de tarifas. Aparentemente, podrían ser muy fáciles de hacer cumplir, pero pueden ser bastante manipuladas por el sector privado ya que dependen gravitadamente de la información que éste brinde. Si bien el contrato prohíbe explícitamente la discriminación, se hace la salvedad que se puede discriminar precios “en razón de las personas” siempre que el criterio atienda “a la naturaleza de las cosas” por lo que resulta difícil verificar si efectivamente las normas de precios son acatadas por las empresas.

También se regula la calidad del servicio, pero las metas que los usuarios deben percibir no están objetivamente fijadas (“calidad de la telefonía fija”). Esta imprecisión es atribuible más a la falta de información de los funcionarios estatales encargados de redactar el contrato que sólo al oportunismo del empresario privado.

En el contrato también se establecen salvaguardas competitivas como no discriminar y dar acceso a otros en los mismos términos provistos internamente. Otra de las salvaguardas competitivas es la obligación de llevar el sistema de contabilidad separada por servicios, que refleje claramente los costos del servicio de telefonía móvil. En tanto, los dos contratos de telefonía móvil para Lima Metropolitana se firmaron conjuntamente, estos requisitos parecen mas bien dirigidos a salvaguardar los intereses de Tele2000 frente a la CPT, al requerir a esta última que no discrimine y que lleve contabilidad separada. Tanto es así, que la cláusula de contabilidad separada no se ha hecho cumplir para Tele2000.

Un problema en el marco regulatorio ha sido las dificultades que encontró Tele2000 para la interconexión. Inicialmente, el operador de la red fija de Lima (CPT) no le otorgó interconexión y Tele2000 llegó a un acuerdo con el operador de larga distancia (ENTEL). Mediante este acuerdo de interconexión con ENTEL, las llamadas desde y hacia la red de Tele2000 se enrutaban a través de la red de larga distancia de ENTEL. De este modo, se hizo “*by pass*” del operador de la red fija ya que éste solamente recibía llamadas de ENTEL, mas no de Tele2000. Tele2000 llegó a firmar un contrato de interconexión con CPT, que siempre puso obstáculos en la calidad de la interconexión. Como fue analizado, CPT y ENTEL fueron fusionadas como resultado del proceso de privatización en Telefónica del Perú. Esa fusión dio cobertura nacional a los servicios de Telefónica y dejó a Tele 2000 con cobertura en Lima. Siendo la cobertura una de las variables más apreciadas por los usuarios del servicio móvil, esto resultó en una desventaja competitiva para Tele2000 que se resolvió en el marco de una controversia que obligó a Telefónica a dar el *roaming* a Tele2000.³⁰ Sin embargo, el mandato no se ejecutó hasta que Tele2000 adquirió los derechos de operación en el ámbito nacional.

³⁰ La controversia se ventiló en Osiptel. Tele2000 solicitó el *roaming* automático nacional a Telefónica, quien se negaba a proporcionárselo. La solución alcanzada agotó la vía administrativa de solución de controversias y ninguna de las partes apeló al Poder Judicial. Recientemente, Tele2000 ha ganado la subasta para la concesión de la Banda B de telefonía móvil celular en el resto del Perú.

3.4. Evaluación Preliminar

En el momento de la firma del contrato, no existía otra empresa proveedora de servicios de telefonía móvil. Es interesante notar que los contratos de concesión de telefonía móvil de CPT y ENTEL, que luego dan lugar a Telefónica del Perú, se firmaron alrededor de las mismas fechas que el contrato bajo análisis. En el momento de la firma, sin embargo, solamente Tele2000 tenía la capacidad financiera de expandir el servicio y el hecho de ser propiedad de inversionistas nacionales le otorgaba ventajas frente a competidores extranjeros en un momento en que el riesgo-país asignado al Perú era todavía muy alto.

Por otra parte, debido a la expansión urbana y a la mejora de carreteras, el área de influencia de Lima Metropolitana se ha extendido más allá del límite especificado en el contrato de concesión. Ello ha ocasionado problemas con Telefónica del Perú por “invasión del área de concesión”. Este es uno de los elementos más deficientes del contrato.

Los resultados operativos negativos que experimenta la empresa en la actualidad³¹ se explican en parte a la adquisición de un paquete mayoritario por parte de Bell South que ha llevado a cambios en la aplicación de ciertos principios contables diferentes a los de 1995.

Las decisiones del Estado peruano en la privatización de las telecomunicaciones y reestructuración del sector, modificaron su papel con la creación y funcionamiento de la agencia regulatoria y el cambio del marco normativo y consolidaron a Telefónica del Perú como el principal operador, con monopolio en servicios básicos e integración vertical. Frente a la percepción de cambio en las reglas de funcionamiento de agentes y mercados en el sector, el propietario de Tele2000 tomó dos decisiones. Por un lado, comenzó en 1994, ante el Ministerio, su proceso de regularización de operaciones mediante la obtención de concesiones al amparo de la nueva normativa de telecomunicaciones.³² En 1996, buscó un socio estratégico. Bell South finalmente compró una participación accionaria que le dio el control operativo, consolidando de esta manera su presencia en América Latina en operaciones de telefonía celular.

En este contexto, frente al contrato-ley de Telefónica, este es un contrato de menor rango y acordado al amparo de una normativa que perdió vigencia. De ahí la importancia de la adecuación de las concesiones, actividad perfectamente percibida por el socio estratégico.

³¹ Las utilidades netas en los años 1996 y 1997 en soles constantes han sido respectivamente S/. -115,265 y S/. -85,267 .

³² A pesar de los años transcurridos, dichas regularizaciones no han sido todavía concedidas.

4. El Caso de Edelnor y Luz del Sur (Distribución de Electricidad)

4.1. Contexto del Sector y la Actividad

La distribución de electricidad en Lima Metropolitana y zonas aledañas estuvo a cargo de Electrolima, empresa estatal verticalmente integrada que tenía a su cargo la generación, distribución y generación de electricidad. En 1993 esta empresa contaba con cerca de un millón de clientes en su área de concesión. Electrolima estaba interconectada con otras empresas a través del Sistema Interconectado Centro-Norte (SICN), lo que le permitía acceder a fuentes alternativas de generación. Las pérdidas en distribución de la empresa alcanzaban el 19.1% en dicho año, mientras que las utilidades operativas representaban el 7% de las ventas.

La unidad operativa de distribución de la ciudad de Lima (parte de Electrolima), fue dividida en dos áreas de concesión, creándose las empresas Edelnor y Edelsur (hoy Luz del Sur), para distribuir energía en el norte y sur de Lima. Estas empresas revisten especial importancia porque a parte de ubicarse en la zona con la mayor concentración de población urbana en el país, fueron la primera experiencia de concesiones en el sector eléctrico en el país. Así, en julio de 1994 se inició la transferencia de estas empresas al sector privado con la venta de las acciones exclusivas y dentro del marco de la Ley de Concesiones Eléctricas.

4.2. Características de los Arreglos Contractuales

4.2.1. Descripción de los Contratos

Los inversionistas privados firmaron³³ un contrato de compra-venta por el 60% de las acciones de la empresa que otorgaba la concesión definitiva en el área de operación, con una serie de derechos y obligaciones. Una vez inscrito en los registros públicos, el contrato pasaba a ser ley entre las partes. Los contratos de compra-venta fueron discutidos con los postores durante el proceso y firmados al presentar la oferta económica, con lo cual se evitaba una negociación posterior. La transferencia al sector privado se efectuó en agosto de 1995.³⁴

La concesión se otorga por plazo indefinido, y sólo puede terminar por declaración de caducidad por el MEM (Ministerio de Energía y Minas) bajo seis causales de orden técnico, o por renuncia voluntaria del concesionario.

Dentro del mecanismo de subasta, la precalificación de los postores requería un mínimo de 80 puntos sobre 100, requiriéndose la declaración jurada de no tener impedimentos para contratar con el Estado. Asimismo, los postores debían presentar los indicadores técnicos y financieros de los consorcios que se señalan en el Cuadro 5.

³³ Todo el esquema contractual se adapta a las normas establecidas en el marco general definido por la LCE y su reglamento. En particular, el contrato de concesión recoge en su contenido varias disposiciones especificadas en la LCE.

³⁴ Por su parte, la subasta de Edechancay y Edecañete, empresas anteriormente de Electrolima se hizo a fines de 1995.

Cuadro 5: Indicadores Exigidos para la Precalificación en el Proceso de Privatización de Edelnor y Luz del Sur

Características Técnicas

Clientes por trabajador:	370
Energía facturada por trabajador:	2.2 GWh/trabajador
Número de clientes:	575.000
Energía facturada:	2,575 GWh/año

Características Financieras

Total de activos:	US\$ 300 millones
Patrimonio neto:	US\$ 100 millones

Fuente: Ceprel

Elaboración: Macroconsult S.A.

Los consorcios ganadores de la subasta pública internacional de Edelnor y Edelsur fueron Inversiones Distrilima y Ontario-Quinta AVV respectivamente. Por el Estado peruano, el contrato fue suscrito por Electrolima en su calidad de propietaria original. Las acciones, denominadas de clase “A” (el 40% restante, de clase “B”, continuaba en propiedad del Estado), no podían ser transferidas por un período de cinco años, salvo aprobación previa.

La fijación de precios se basa en tarifas máximas de distribución revisadas cada cuatro años. Tomando como referencia lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), los ingresos netos de los distribuidores provienen del valor agregado de distribución (VAD), que junto con la tarifa en barra (que incluye las retribuciones a la generación y transmisión) conforman la tarifa máxima que se cobra a los usuarios finales del mercado regulado. Ambos componentes son regulados por la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE). Para calcular el VAD, la legislación peruana se basa en los costos que debe efectuar una “empresa modelo eficiente” de distribución, con lo cual se recurre expresamente al principio de comparación con un patrón.

En el contrato de concesión se establece que el operador debe cumplir con las normas sobre competencia vigentes y las que se dicten en el futuro, dentro del marco establecido en la LCE. Así, en vista de algunos problemas identificados con posterioridad para establecer competencia en el mercado libre entre los generadores y los distribuidores, siendo el caso de Edelnor el más importante, el MEM puede introducir las modificaciones que considere necesarias para establecer una efectiva competencia, tales como, la regulación del acceso a los insumos esenciales para brindar el servicio por parte de los generadores así como, al establecimiento de un peaje por el uso de las instalaciones, en la actualidad negociado entre las partes.

Los contratos no establecen metas de desempeño en forma explícita. La cobertura exclusiva y la obligación de otorgar el servicio público a quien se lo solicite en un plazo no mayor de un año, junto con las condiciones iniciales en que se encontraba cada empresa iban a impulsar a los consorcios compradores a efectuar las inversiones requeridas para ampliar la electrificación en las zonas marginales de Lima y reducir el porcentaje de pérdidas de energía en distribución. Por otro lado, la CTE ha establecido un cronograma decreciente de reconocimiento de pérdidas de distribución, a fin de alcanzar estándares internacionales en las pérdidas de distribución. Para el 2005, se espera que alcancen un nivel del 8.5% sobre la energía de distribución disponible.

Finalmente, la calidad del servicio constituye la tercera variable de regulación. Sin embargo, esta materia quedó incompleta en la legislación, ya que sólo el reglamento de la LCE señalaba ciertas condiciones técnicas de tensión y frecuencia que debía cumplir el suministro brindado por el concesionario. Si bien ello dejaba un margen discrecional importante para la CTE, no fue obstáculo para la participación del sector privado. No obstante, el esquema contractual hacía posible introducir posteriormente normas complementarias. Esto último, efectivamente ocurrió en octubre de 1997, cuando se promulgaron las normas técnicas de calidad sobre la provisión del suministro eléctrico, se creó un ente público destinado a supervigilar el sector y se establecieron normas sobre supervisión, atención al cliente y el alumbrado público (OSINERG).

4.2.2. Aspectos Claves de los Incentivos

De la Naturaleza y Duración del Contrato

El que se haya otorgado un plazo indefinido de concesión hace que la empresa no posea los incentivos a subinvertir, ligados a la inconsistencia temporal asociada a los plazos fijos no renovables. Por lo tanto, se hace más factible la inversión y aumento de cobertura debido a la disminución del riesgo sobre la inversión de la empresa, ya que esta sólo será apropiada por el mismo concesionario.

De los Criterios de la Subasta y Variables de Decisión

La Comisión de Privatización (COPRI), por medio del Comité Especial de Privatización de Electrolima (CEPREL) que se encargó de los aspectos operativos del diseño y ejecución del proceso,³⁵ discutió diversas opciones para la estrategia de venta con el objetivo de aumentar la competencia entre los postores y dar incentivos a que ofrezcan el mayor precio. Entre estas opciones, estaban las de vender ambas empresas de distribución al mismo postor, o vender primero una de ellas y más adelante la otra.³⁶ No obstante, al final se optó por vender ambas empresas en forma simultánea, con la restricción de que no podían ser adquiridas por un mismo postor.

Los requisitos técnicos debían ser cumplidos por uno de los integrantes del consorcio postor, identificado como el inversionista estratégico, el cual debía estar dedicado, en forma directa o

³⁵ Como consultores externos en el diseño y ejecución del proceso participaron Coopers & Lybrand y el International Finance Corporation (IFC). Se contó con la asesoría legal de Clifford Chance y Estudio Luis Echeopar, y con el apoyo del Banco Mundial.

³⁶ Durante el segundo semestre de 1993, miembros del CEPREL sostuvieron reuniones con potenciales inversionistas extranjeros, no sólo para promocionar el proceso sino también para recoger impresiones respecto a la estrategia adoptada.

indirecta, a prestar el servicio público de distribución de energía. Con ello se obligaba a que el inversionista estratégico sea una empresa extranjera con experiencia en el sector. Los requisitos financieros, en cambio, se obtenían como promedio entre todos los integrantes del consorcio postor. Luego de la evaluación de los documentos, el CEPREL dictaminaba la lista de postores hábiles.

El mecanismo adoptado para la subasta buscaba que los postores especifiquen sus preferencias por alguna de las empresas y oferten de acuerdo a sus posibilidades reales de ganar. De esta forma, un mismo postor no podía adjudicarse ambas empresas. Si bien podían presentar propuestas para las dos empresas, los postores debían precisar su preferencia por alguna de ellas, ya que sólo podían adquirir una. Por ello, la adjudicación era otorgada a los dos postores cuyas ofertas económicas, sumadas, alcanzaran la cantidad más alta entre todas las combinaciones posibles. Al mismo tiempo, la simultaneidad de la subasta reducía los incentivos de las empresas para coludirse, y las obligaba a ofertar por alguna de las dos empresas de forma que se aseguren una participación en el mercado eléctrico de Lima.

En caso que la primera oferta económica en ambas empresas hubiera correspondido al mismo postor, se tomaban las dos segundas mayores ofertas, sumando la primera oferta de Edelnor con la segunda de Edelsur, y la primera de Edelsur con la segunda de Edelnor. Se otorgaba la buena pro a las dos empresas cuya suma era mayor. Si según la aplicación de este mecanismo, el postor que tenía las primeras ofertas económicas obtenía la adjudicación de la empresa por la que no había expresado su preferencia, se le permitía presentar una nueva oferta económica por la empresa preferida, de manera que pudiera adjudicársela bajo el criterio de maximización. Sin embargo, no hubo necesidad de recurrir a ello.

Para el proceso se interesaron 28 empresas extranjeras, pero sólo 8 se presentaron a precalificar conformando junto con inversionistas peruanos 4 consorcios. De acuerdo con las ofertas económicas presentadas, el CEPREL otorgó la buena pro de Edelsur al Consorcio Ontario-Quinta AVV (de capitales chilenos y canadienses), quien pagó US\$ 212.1 millones, y la de Edelnor a Inversiones Distrilima (de capitales españoles, chilenos y peruanos), quien abonó US\$ 176 millones.³⁷ De los valores ofertados se desprende que Luz del Sur fue valorizada en un 20% más que Edelnor.

De las Reglas de Fijación de Precios

La variable de regulación más importante es el precio regido a acuerdo con la LCE. Al ser la actividad un monopolio natural, y en ausencia de subsidios, la solución de segundo mejor es que el precio sea igual al costo medio para que la empresa no tenga pérdidas. Se procura que el ingreso total que perciban las empresas de distribución por el VAD sea igual al valor total de los costos inherentes a la actividad, de forma que las empresas tengan los suficientes incentivos para invertir.

³⁷ Ontario-Quinta AVV está integrado en la actualidad por Chilquinta de Chile (42.5%), Ontario Hydro de Canadá (25%) y diversos inversionistas institucionales (32.5%). Inversiones Distrilima está conformada por Endesa de España (30%), Chilectra (26%) y Enersis (29%) de Chile y los grupos peruanos Romero (13.86%) y Cosapi (1.14%). Ambos consorcios presentaron ofertas por ambas empresas. Los otros participantes fueron la empresa Central & South West Corp. de Estados Unidos, que no presentó oferta económica, y el consorcio Perelec, integrado por EDF y Saur de Francia, Houston Energy de Estados Unidos y el grupo peruano Wiese, que sólo presentó oferta por Edelsur.

Para el cálculo del VAD se selecciona un concesionario por cada sector de distribución típico,³⁸ y luego se procede a evaluar todos los costos en los cuales incurre, considerando criterios de eficiencia en las inversiones y en la gestión de acuerdo a una “empresa modelo eficiente”. Se reconocen costos estándares de inversión, mantenimiento y operación asociados a la distribución, costos asociados al usuario y pérdidas estándares de distribución de potencia y energía tanto físicas como comerciales. La idea es reconocer a la empresa sólo el costo de las inversiones eficientes de forma que esta se encuentre en un continuo proceso de mejora en su operación. En este punto, es importante señalar que la CTE todavía posee cierto grado de discrecionalidad respecto a lo que considere como costos e inversiones eficientes, aunque en la LCE existe una serie de criterios al respecto.

Con los VAD obtenidos se calcula un conjunto de precios básicos³⁹ para cada concesión (que incluyen las tarifas en barra). Luego, se procede a evaluar la tasa interna de retorno de un flujo de caja por 25 años, con una rentabilidad mínima de 8%.⁴⁰ Este hecho hace necesaria la fiscalización de los costos por parte de la CTE de forma que la empresa no tenga asegurada una rentabilidad independientemente de su desempeño.⁴¹

La fijación tarifaria del VAD y sus fórmulas de reajuste⁴² son estimadas por la CTE cada cuatro años. Como todo mecanismo de regulación de precios mediante *price caps*, el rezago entre la revisión de los VADs y sus fórmulas de reajuste, genera incentivos de “alto poder” para que las empresas inviertan en reducir sus costos y ser más eficientes, ya que en el tiempo durante el cual no se revisa el VAD actúan como “demandantes residuales” y se pueden apropiar de todas las ganancias en productividad que logren.

Por otro lado, la LCE establece un peaje negociado por el uso de las instalaciones entre las distribuidoras y el generador. Si bien la CTE actúa como órgano dirimente, fijando un peaje provisional en el caso que no se pongan de acuerdo, este mecanismo puede demorar cierto tiempo. A ello se une, la ausencia de normas sobre condiciones de acceso, lo que no genera los incentivos necesarios en los generadores para la competencia en el mercado de clientes libres con los distribuidores, pudiendo hacer uso éstos últimos de su posición de dominio. En particular, sólo existen dos casos aislados de clientes libres, que gracias a un tamaño relativamente importante y su ubicación en los límites del área de concesión de las distribuidoras, han firmado directamente con los generadores.

³⁸ El sector de distribución típico se define como el conjunto de instalaciones de distribución con características técnicas similares en la disposición geográfica y en la carga, y que efectúan similares costos de distribución, mantenimiento y operación. Una concesión puede estar conformada por uno o más sectores de distribución típicos. En la actualidad existen cuatro sectores típicos.

³⁹ Se define un conjunto de opciones tarifarias, y los clientes tienen la posibilidad de elegir la que más les convenga. Estas opciones tarifarias se clasifican según el nivel de tensión, el tipo de medición y la tipología del consumo del cliente.

⁴⁰ El cálculo de la tasa interna de retorno debe efectuarse agrupando empresas por sectores típicos. El valor de la TIR para cada sector típico debe encontrarse en el rango de 8% a 16%. De lo contrario, los VAD deberán ajustarse hasta alcanzar alguno de los límites señalados. Los ingresos de dicho flujo se calculan aplicando los nuevos precios básicos, mientras los costos comprenden la operación, mantenimiento (incluyendo las pérdidas técnicas y comerciales) y los costos de inversión (representados por el VNR).

⁴¹ Los ingresos de dicho flujo se calculan aplicando los nuevos precios básicos, mientras los costos comprenden la operación, mantenimiento (incluyendo las pérdidas técnicas y comerciales) y los costos de inversión (representados por el VNR).

⁴² Las fórmulas de reajuste son aplicables cuando los factores macroeconómicos considerados en el cálculo (índice de precios, tipo de cambio, precios internacionales del cobre y/o del aluminio, entre otros) varíen en más de un 5%.

De los Mecanismos de Arreglos de Disputas

El contrato de concesión establece una sujeción exclusiva a la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de la ciudad de Lima renunciando a cualquier pretensión de someter las contiendas que surjan a tribunales del extranjero, así como a realizar cualquier clase de reclamaciones por vía diplomática. Además, tienen la opción de someter a arbitraje las controversias derivadas de aspectos técnicos específicos al contrato, de acuerdo a las disposiciones de la Ley General de Arbitraje, lo que buscaba reducir el riesgo de la empresa ante decisiones tomadas por entes con poco conocimiento de estos temas e influenciados por otros tipos de consideraciones.⁴³ Si bien la sujeción exclusiva a tribunales de Lima, tiene como finalidad evitar que las controversias se deriven a instancias que difícilmente pueden tener un conocimiento adecuado de la problemática nacional, hace que las empresas asuman un mayor riesgo político, el cual se ha tratado de minimizar con la figura del arbitraje.

De las Garantías del Gobierno y Cláusulas de Seguridad

Las dos empresas de distribución han firmado con el Comité Nacional para la Inversión Extranjera (CONITE) convenios sobre garantías a la inversión extranjera y de estabilidad del Impuesto a la Renta, conforme lo permitían los arreglos contractuales. Al mismo tiempo, el contrato de concesión establece que el concesionario tiene el derecho a requerir el apoyo del Estado para la protección de las obras e instalaciones, a fin de garantizar la continuidad de la operación, en casos de calamidad pública, conmoción interna o disturbios. En su contexto, estas garantías tenían como objetivo reducir el riesgo para los operadores, ya que la acción terrorista había tenido como blanco principal las torres de distribución y transmisión eléctrica en la década de 1980. Asimismo, se buscaba dar todas las facilidades para incentivar la inversión como el acceso a servidumbres.

Las garantías otorgadas al Estado por los consorcios ganadores, se refieren principalmente a la no-modificación en la composición accionaria en la empresa, cumpliendo las restricciones de salida para los inversionistas originales por un periodo de cinco años, aplicables tanto para la transferencia del paquete mayoritario adquirido,⁴⁴ como para los cambios en la composición accionaria de los consorcios ganadores.⁴⁵ Sin embargo, la indemnización en caso de incumplimiento representa apenas el 1.5% de los activos de cada empresa. Las penalidades son similares en caso que los compradores efectuasen alguna modificación a ciertas cláusulas del estatuto de la empresa referidas a la composición accionaria, o si adquiriesen un porcentaje de las acciones de la otra empresa de distribución de Lima. Sin embargo, como posteriormente se verá la naturaleza incompleta de los contratos hizo que no se pueda impedir una recomposición

⁴³ Respecto al contrato de compra-venta, las controversias por causa de la ejecución del contrato se someten también a la jurisdicción de los tribunales de Lima. Sin embargo las partes pueden convenir en pactar un arbitraje de derecho para resolver la diferencia.

⁴⁴ Durante cinco años los compradores están impedidos de transferir la participación adquirida a otra persona jurídica, a menos que cumpla con los mismos requisitos de precalificación solicitados para participar en el proceso, para lo cual debe obtener el visto bueno del MEM. En caso contrario, deberá pagar una indemnización al Estado peruano (a través del MEM) de US\$ 5 millones. Cabe señalar que se aplica una indemnización similar en caso los compradores efectuasen alguna modificación a ciertas cláusulas del Estatuto de la empresa, referidas a la composición accionaria, o si adquiriesen un porcentaje de las acciones de la otra empresa de distribución de Lima.

⁴⁵ Se impusieron restricciones adicionales a la modificación en la composición del 51% del capital social del consorcio ganador. Cada consorcio debía contar con un inversionista estratégico, que además de presentar los requisitos técnicos para la precalificación, también se comprometía a mantener, como mínimo, un porcentaje del 25% del capital social del consorcio. Asimismo, entre los demás integrantes del consorcio, se establecía una participación comprometida mínima del 26%. En caso de incumplimiento, la indemnización a pagar por parte del inversionista estratégico es de US\$ 5 millones, y US\$ 500 mil por cada integrante de la participación comprometida.

accionaria efectuada internacionalmente y que terminó otorgando al grupo Endesa el control de tres empresas generadoras, además de Edelnor.

Ninguna empresa puede ser despojada de su concesión sin motivo justificado por el Estado. En caso ello ocurriera, el concesionario deberá ser indemnizado al contado, sobre la base del valor presente del flujo neto de fondos a futuro que genera la concesión a su propietario. Dicho flujo se calcula a 25 años, con una tasa de descuento de 12%.

4.3. Determinantes de los Arreglos Contractuales

4.3.1. Objetivos de la Contratación

En primer lugar, el marco regulatorio, constituido en noviembre de 1992 con la promulgación de la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), había definido la separación del servicio eléctrico en tres actividades (generación, transmisión y distribución). Ello tenía como objetivo introducir competencia en los segmentos donde esta era posible, como es el caso de la generación de energía. Al mismo tiempo se optó por impedir la integración vertical entre actividades con el fin de garantizar una competencia efectiva.

La decisión de dividir la distribución en Lima Metropolitana en dos concesiones, norte y sur, que conformaron las empresas Edelnor y Edelsur (hoy Luz del Sur) respectivamente, se habría basado fundamentalmente en la posibilidad de establecer una competencia por comparación entre las empresas resultantes, lo que permitía a las agencias de regulación contar con un elemento de control adicional al otorgado por el marco regulatorio. De esta forma, el Estado habría optado por privilegiar el objetivo de fomentar la competencia, aunque de forma indirecta, a costa de perder algunas ganancias de eficiencia asociadas a la operación en una unidad, adicionalmente a las pérdidas de eficiencia asociadas a la operación verticalmente integrada.

Esta decisión también respondería a la dimensión del mercado de Lima, que representaba el 55% del total nacional. Al dividir el área de distribución se reducía el poder monopsónico que podría alcanzar como empresa unificada en manos de un solo propietario frente a las centrales generadoras. Además, se hacía más factible el objetivo de establecer una real competencia en el segmento de los clientes libres.

Definida la separación en dos unidades, la COPRI decidió iniciar el proceso de privatización en el sector eléctrico con la venta de Edelnor y Edelsur. No hay que olvidar que, en el momento en que se tomó esta decisión, la LCE tenía apenas seis meses en vigencia, y los instrumentos de regulación y agencias de control se encontraban en plena adaptación.

Se insinúan dos factores que habrían motivado iniciar el proceso de privatización en el sector con la venta de Edelnor y Edelsur, incluso antes que la unidad de generación de la cual serían sus principales clientes. Se habría considerado conveniente que los potenciales inversionistas de la empresa de generación tuvieran un riesgo aceptable, esperándose que estén dispuestos a pagar un mayor precio ya que sus principales clientes serían privados. Un segundo factor, tan importante como el anterior, era que la privatización de la unidad de generación podía verse afectada por la decisión de privatización en Electroperú, empresa que agrupaba en ese entonces las restantes

unidades de generación en el SICN, lo cual está unido a la existencia de competencia en este segmento.

Un objetivo general del proceso era la maximización de los ingresos del Estado y la aceleración de la participación privada en el sector, lo que también explica la secuencia adoptada en la privatización de la distribución y luego la generación en Lima.

4.3.2. Naturaleza del Sector y Regulación

La distribución de electricidad cuenta con retornos crecientes a escala debido a los elevados costos fijos en la construcción de las instalaciones (tendido de redes de media y baja tensión y subestaciones de distribución), por lo que constituye un monopolio natural. Una vez construido el sistema de redes, los costos fijos se limitan al mantenimiento del mismo; más bien, la compra de energía representa en promedio cerca del 60% del total de los costos anuales para las empresas.

La LCE define dos segmentos en el mercado eléctrico en función de su demanda de potencia. Los usuarios del servicio público de electricidad (SPE) adquieren energía eléctrica únicamente de los concesionarios de distribución, ya que éstos tienen la exclusividad de la venta de electricidad a ese segmento. En cambio, los usuarios no considerados como del SPE pueden adquirir energía de cualquier concesionario del Sistema Interconectado (SI), incluso de los generadores, en cuyo caso los distribuidores están obligados a permitir la utilización de sus instalaciones. En otras palabras, los distribuidores no cuentan con competencia directa en el segmento de los usuarios del SPE (que consume cerca del 67% de las ventas de energía), pero sí en el de los usuarios libres.

La división del segmento de distribución de Electrolima significaba crear dos empresas en una zona en la que se había desarrollado una empresa integrada. Ello presentaba limitaciones en varios aspectos, como la reducción de las economías de escala que podían existir en ese entonces, ya que se debían constituir dos equipos gerenciales, con toda la planta administrativa que ello implica, así como incurrir en posibles pérdidas técnicas al separar en dos las redes existentes. Por otro lado, podrían surgir dudas respecto a su viabilidad financiera. Sin embargo, las posibilidades de expansión y el tamaño del mercado permitían que no se pierdan grandes economías de escala respecto a la decisión de mantener una sola empresa y aun considerando una partición homogénea, el mercado de cada empresa (con aproximadamente 500 mil usuarios) debería generar ingresos suficientes para obtener utilidades, como efectivamente ha ocurrido.

Como la mayor parte de los usuarios y consumidores no tiene la posibilidad de acceder a otro proveedor, se ha intentado replicar un entorno competitivo en la regulación de precios vía un esquema por incentivos utilizando la competencia por comparación (*yardstick competition*). Aunque la división crearía dos empresas con perfiles de usuarios algo diferentes, lo cual ocasionaría (como ha ocurrido) cierta pérdida de las ventajas informativas para el regulador (derivadas de la comparación entre ambas dada la diversidad de sus demandas).⁴⁶ No obstante, se

⁴⁶ La división final indicó que Edelsur contaba con un menor número de usuarios residenciales que Edelnor, pero tales usuarios efectúan un mayor consumo al pertenecer a estratos de mayores ingresos. Por otro lado Edelnor se quedaba con el 62% de los clientes industriales no regulados, y un 59% de los industriales regulados, mientras Edelsur conservaba el 63% de las ventas comerciales, y además tenía como cliente a la refinería de zinc de Cajamarquilla, el mayor consumidor individual de Lima.

consideró que estos argumentos no eran suficientes para optar por privatizar una sola unidad de distribución en Lima Metropolitana.

En general, los activos utilizados en la distribución resultan bastante específicos en términos de localización, aunque últimamente se ha buscado emplear parte de ellos para otras actividades. Así, las empresas de telecomunicaciones emplean los postes de electricidad (incluyendo los de alumbrado público) para instalar su propio cableado (telefonía fija y televisión por cable).

4.3.3. Restricciones a la Contratación y Mecanismos de Regulación

El logro de los objetivos estatales enfrentó una serie de restricciones derivadas de las economías de escala del sector, como la imposibilidad de partir la empresa en varias áreas de concesión. Estas características originaban un conflicto entre la eficiencia operativa y el fomento de la competencia. Sin embargo, la división en dos zonas para la distribución, con las pérdidas de eficiencia asociadas a la adecuación y sobreinversión de la red, así como, a los costos de coordinación, habrían sido superadas por las ganancias en información por la comparación entre ambas empresas. Estas características económicas, unidas al carácter hundido de las inversiones, explica la regulación de precios y la garantía de una rentabilidad mínima eficiente.

Por otra parte, la regulación encargada a la CTE, y que se basa en el uso de tarifas máximas, está condicionada a la información entregada por las empresas, lo que se encuentra sujeto a la asimetría de información, típica entre regulado y regulador.⁴⁷ Sin embargo, el hecho de que la CTE sea el ente regulador con mayor tiempo en el país (que ha pasado por un proceso de aprendizaje) hace que se encuentre menos débil ante la falta de información, por otra parte, la CTE ha mostrado autonomía en muchas de sus decisiones (a costa de algunos conflictos con las empresas). Asimismo, la relativa estandarización de la provisión del servicio de distribución y la dinámica del cambio tecnológico (mucho menor que en otros sectores como las telecomunicaciones), aminoran la influencia de contingencias futuras en estos temas, salvo de las intrínsecas al sistema regulatorio implementado.

Como complemento a la regulación de los precios, el Estado cuenta con otros mecanismos en materia fiscal que pueden influir en la tarifa final. En la actualidad, las empresas eléctricas se encuentran exoneradas del pago del Impuesto a los Activos Netos (del 1%), que se aplica aún cuando la empresa afronte pérdidas durante el ejercicio fiscal. Cabe señalar que es el único sector económico que goza de este privilegio, aunque ello no se ha aplicado para Edelnor y Edelsur en tanto presentan utilidades desde 1995.

Un aspecto importante en la regulación de precios son las normas de interconexión, regidas por las Ley de Concesiones Eléctricas, que estipulan entre otras cosas que las empresas distribuidoras no podrán negar capacidad de transporte a las generadoras, salvo que tengan comprometida toda la capacidad, de no ser el caso, las generadoras se pueden quejar ante la CTE para resolver estos

⁴⁷ Cabe señalar que los usuarios no sujetos a regulación de precios, principalmente empresas industriales y mineras, poseen la facultad de negociar directamente con las empresas, lo que, en teoría, les permitiría alcanzar un mejor precio, debido al mayor volumen de energía consumido. De allí que la LCE establece que la diferencia entre el precio libre y regulado no debe ser mayor al 10%. Sin embargo, en la práctica el precio promedio del mercado libre resulta superior al regulado.

problemas. Estas normas son importantes, ya que son un instrumento con el cual se busca asegurar competencia en el segmento no regulado de los clientes libres.

Finalmente, la calidad del servicio constituye la tercera variable de regulación. Sin embargo, esta materia quedó incompleta en la legislación, ya que sólo en el reglamento de la LCE se señalaban ciertas condiciones técnicas de tensión y frecuencia que debía cumplir el suministro brindado por el concesionario. Si bien ello dejaba un margen discrecional importante para la CTE, no fue obstáculo para la participación del sector privado. No obstante, el esquema contractual hacía posible introducir normas complementarias más adelante, como efectivamente ocurrió en octubre de 1997, cuando se promulgaron las normas técnicas de calidad sobre la provisión del suministro eléctrico, se creó un ente público adicional destinado a supervisar el sector (OSINERG) y se establecieron normas sobre supervisión, atención al cliente y el alumbrado público.

En la actividad de distribución, si bien existe un riesgo comercial derivado de la capacidad adquisitiva de la población (morosidad), y una baja en el consumo de energía en función del PBI, el hecho que se otorgue exclusividad en el servicio, reduce la necesidad de implementar mayores cláusulas ligadas a temas tales como garantías para los operadores. Por otro lado, la lenta velocidad del cambio tecnológico y el desarrollo del marco regulatorio influye en que el problema de que los contratos no sean completos sea un factor menos decisivo como para comprometer los objetivos de la concesión. Sin embargo, se han identificado vacíos asociados a la implementación posterior de normas de calidad y la necesidad de precisiones de la legislación sobre competencia. Asimismo, todavía se aprecia cierta discrecionalidad de la CTE para aplicar los procedimientos establecidos en la LCE.

4.4. Evaluación Preliminar

La transferencia de la distribución de electricidad de Lima Metropolitana tuvo relativo éxito a pesar de ciertas consideraciones, como las normas de calidad del servicio, que quedaron pendientes en la legislación. El proceso de transferencia estuvo marcado por la intención del gobierno de generar la mayor competencia posible “por el mercado”, a través del mecanismo de subasta adoptado. Se eliminaban los peligros de una colusión ampliando la competencia hasta el momento de la adjudicación, sin olvidar la restricción de no poder adquirir ambas empresas. Además, teniendo en cuenta que la distribución es un monopolio natural se adaptó un sistema de regulación específico. La regulación del precio de la distribución significaba la definición de una empresa “eficiente”, que sirve como patrón para las demás. Asimismo, la decisión de dividir la distribución de Lima Metropolitana en dos empresas permitía establecer un mecanismo adicional y directo de competencia por comparación.

En vista de los logros alcanzados por las empresas, el resultado puede ser considerado exitoso. Ambas empresas han incrementado notoriamente el número de suministros que les fueran asignados, y además han reducido progresivamente el nivel de pérdidas de distribución. Así, la aceleración de la privatización no impidió el éxito del proceso en sí, ni el desarrollo ulterior de Edelnor y la ahora Luz del Sur. Por otro lado, al asignar rentas monopólicas de manera perpetua en el área de concesión, la concesión indefinida genera los suficientes incentivos para inversión por el sector privado pese a que limita la introducción de competencia en dicho mercado.

Desde su privatización, Edelnor y Luz del Sur, mediante la disminución y control de las pérdidas de distribución, han orientado sus esfuerzos al incremento de sus ventas físicas de energía y la ampliación de la cobertura eléctrica en su área de concesión. Paralelamente han llevado a cabo programas de reducción de costos de distribución. Como resultado, las pérdidas de distribución en Luz del Sur se han reducido de 17.2% en 1994 a 10.6% en 1997, mientras que en Edelnor han pasado de 16.2% a 11.8%.⁴⁸ En la situación económica y financiera, que refleja los resultados de los programas implementados, se aprecia un aumento de la utilidad operativa de ambas empresas, que a diciembre de 1997 asciende a 16.5% en Luz del Sur, y a 13.6% en Edelnor, valores similares a los obtenidos por empresas internacionales.

Por otro lado, a pesar de que una de las razones para la separación de la distribución de Lima Metropolitana fue el establecimiento de una competencia por comparación entre Edelnor y Luz del Sur, ambas empresas han buscado diferenciarse. Edelnor se ha fusionado con Edechancay, que había sido privatizada por el Estado y adquirida por Inversiones Distrilima. Por su parte, Luz del Sur se escindió en dos empresas, separando la división de mantenimiento (Luz del Sur Servicios), de la empresa que efectivamente se encarga de la distribución. Es probable que en el mediano plazo Luz del Sur se fusione con Edecañete, que es ahora de su propiedad.

Por su parte, los usuarios, tanto libres como regulados, no tienen una participación formal activa en los organismos reguladores. En contraste, las empresas cuentan con representantes, al menos, en el Consejo Directivo de la CTE. En líneas generales, los consumidores regulados tienen poca información, en especial respecto a sus derechos. No obstante, ello no ha evitado que hayan expresado sus protestas respecto de algunas prácticas que consideraban abusivas por parte de las distribuidoras de Lima.

Existen varios puntos de conflicto entre las distribuidoras de Lima, sobre todo Edelnor, y sus usuarios, en especial de la periferia de Lima. Quizás el más importante sea la sustitución de redes subterráneas por redes aéreas,⁴⁹ principalmente por su menor costo y que ha generado entre la población la percepción de que las redes aéreas crean problemas de calidad y seguridad, además de disminuir el valor de sus inmuebles,⁵⁰ aspectos que no habían sido contemplados por las empresas. Otros aspectos de controversia están referidos a la devolución de las inversiones en electrificación efectuadas por pobladores de bajos recursos,⁵¹ y a reclamos por errores de medición, relacionado con el problema de la inexistencia de empresas verificadoras de medidores.

⁴⁸ Además, el número de clientes ha pasado de 499,593 a 625,161 en Luz del Sur, y de 626,168 a 745,934 en Edelnor, en el mismo período.

⁴⁹ Las empresas prefieren las redes aéreas por su menor costo, facilidad para realizar labores de mantenimiento y posibilidad de detectar robos de energía vía conexiones clandestinas. Aún así, Paul Joskow manifiesta que en ningún otro país se reemplazan redes subterráneas por aéreas.

⁵⁰ Conjuntamente con el cableado aéreo, las empresas instalaron nuevos medidores que detectaron que el consumo facturado anteriormente no correspondía a la realidad. Respalda la ley, Edelnor procedió a recuperar la energía no facturada, pero los usuarios relacionaron el incremento en sus facturas como un mecanismo de la empresa para recuperar su inversión en las redes aéreas. A ello se agregaron algunos defectos en el tendido de los cables aéreos, que ocasionaron víctimas por descargas eléctricas.

⁵¹ Referido a inversiones efectuadas con recursos del FONAVI. Al amparo de la LCE, las empresas deben reconocer toda ampliación de redes efectuada con recursos de los usuarios. Sin embargo, en el caso de los usuarios que han utilizado recursos del FONAVI, las empresas sólo estarían reconociendo un 55% del valor de la inversión efectuada para la construcción de las instalaciones. Ello se explica porque las empresas utilizan indebidamente el concepto del costo de inversión eficiente, que se emplea para la fijación de las tarifas de distribución a través del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR), el cual no viene al caso.

Todos estos problemas han adquirido connotaciones políticas, ligadas también a la naturaleza de la actividad de distribución, ya que tiene contacto directo con una parte importante de la población. Es por ello que las empresas se ven expuestas a factores que las hacen más vulnerables a problemas de índole social, incluyendo en algunos casos el país de origen de los operadores estratégicos.

5. El Caso de Edegel (Generación de Electricidad)

5.1. Contexto y Antecedentes

La generación de electricidad se concentraba principalmente en dos empresas estatales, Electroperú y Electrolima. Tras la privatización de las empresas de distribución de Lima Edelnor y Edelsur, quedaba pendiente el destino de la unidad de generación de Electrolima. Esta fue privatizada en 1995 como una sola empresa, denominada Empresa de Generación de Lima (Edegel), mediante la venta de un paquete mayoritario de acciones, siendo la primera generadora importante en ser privatizada y que operaría en el nuevo marco legal creado.

Edegel está conformada por cinco centrales hidráulicas (78% de la capacidad total de la empresa), que aprovechan la hidrología de los tramos superiores del río Rimac (el cual atraviesa la ciudad de Lima) y su afluente el río Santa Eulalia; la central restante es térmica y utiliza diesel 2 como combustible. En 1995, la capacidad instalada era equivalente al 26% de la generación del SICN (Sistema Interconectado Centro-Norte) siendo la antigüedad promedio de las centrales superior a los 30 años por lo que los nuevos concesionarios buscarían reforzar la hidrología de los ríos y el mantenimiento de los equipos.

5.2. Características de los Arreglos Contractuales

5.2.1. Descripción de los Contratos

El esquema contractual definido con los inversionistas privados es análogo al establecido con las distribuidoras de Lima⁵² y comprendía:⁵³

- (I) Un contrato de compraventa por el 60% de las acciones de la recientemente creada Edegel.
- (II) Un contrato de compromiso de ejecución del proyecto de ampliación de generación.
- (III) Cinco contratos de concesión definitiva, uno por cada central hidroeléctrica.
- (IV) Convenios de estabilidad jurídica y tributaria.

El plazo de las concesiones y autorizaciones es indefinido, y sólo puede terminar por caducidad o renuncia. Se aplican los mismos dispositivos legales que en la distribución para sancionar la caducidad de una concesión, y para compensar al concesionario en caso se declare la caducidad por otro motivo no especificado en la LCE.

⁵² Estas similitudes responderían a que ambos proyectos fueron diseñados y preparados por el mismo equipo humano y tomaron como referencia la LCE (Ley de Concesiones Eléctricas) y su reglamento. Cabe señalar que, para la ejecución de la segunda etapa de la privatización de Edegel, se cambió al equipo inicial de CEPREL.

⁵³ Previamente, cuando la empresa todavía se encontraba en manos del Estado, Edegel suscribió los contratos de concesión para la generación hidráulica. En total fueron cinco contratos-ley. Para el funcionamiento de la central térmica, en cambio, sólo se necesitó la autorización del MEM. Esto obedece a que, para la generación hidráulica, se requiere definir el derecho de uso sobre el agua.

El proceso de transferencia se inició en junio de 1994 con la convocatoria al concurso público internacional y la puesta en venta de las bases. Se definía una precalificación de postores, los cuales en una segunda etapa pasaban a presentar las ofertas económicas.

Para la precalificación, se exigía satisfacer los requerimientos técnicos y financieros que se aprecian en el Cuadro 6. Los requerimientos técnicos eran exigidos al postor designado como inversionista estratégico, y correspondían a indicadores similares a los que tenía Edegel en ese momento. Los indicadores financieros fueron solicitados a todos los integrantes del consorcio postor.⁵⁴

Cuadro 6: Indicadores Exigidos para la Precalificación en la Privatización de Edegel

Características Técnicas

Experiencia en centrales hidráulicas por:	400 MW
Experiencia en centrales térmicas por:	300 MW
Experiencia en administración de centrales en sistemas interconectados de más de 1000 MW:	3 plantas
Disponibilidad Hidráulica:	90%
Disponibilidad Térmica:	85%

Características Financieras

Total de activos:	US\$ 300 millones
Patrimonio neto:	US\$ 100 millones

Fuente: CEPREL

Elaboración: Macroconsult S.A.

El precio base para la subasta incorporó, por primera vez, el pago de un monto fijo en títulos de la deuda pública externa peruana (US\$ 100 millones). El pago en efectivo era variable, y constituía el instrumento de decisión para el otorgamiento de la buena pro. Antes de la suspensión del proceso, se estableció un precio base de US\$ 530 millones por el 60% de las acciones. Según afirma el CEPREL, este precio fue considerado muy elevado por los postores quienes llegaron a amenazar con no presentar ofertas económicas, ya que este precio valorizaba la empresa en US\$ 883 millones, más de US\$ 1.27 millones por MW. Cuando se reanudó el proceso, se redujo el

⁵⁴ Poco después de la precalificación de los postores, el proceso fue suspendido por espacio de nueve meses. Tras su reanudación, en julio de 1995 (después de las elecciones presidenciales), sólo continuaron en el proceso los postores que habían precalificado antes de la suspensión. Sin embargo, debido al tiempo transcurrido, se permitió la posibilidad de efectuar cambios en la composición de los postores precalificados, incluyendo la fusión de algunos de ellos.

precio base a US\$ 373 millones, manteniéndose el monto fijo en papeles de deuda. El postor ganador, Generandes Co.⁵⁵ ofreció en total US\$ 524 millones, con lo cual casi igualó el precio base considerado inicialmente.

Entre las metas de desempeño está la inclusión de un compromiso de inversión por 100 MW a realizarse en el plazo de un año. Con la ampliación Edegel debería proveer al SICN de energía adicional mínima de 400 GWh al año, sin perjuicio de que el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) especifique un menor despacho al sistema. Los contratos de concesión no establecen límites respecto a la cobertura geográfica de las centrales pero sí delimitan su ubicación física. Edegel puede vender energía eléctrica a cualquier empresa de distribución o usuario libre que lo desee en el SICN. Su principal competencia es Electroperú (centrales del Mantaro) y Etevensa (centrales térmicas situadas al noroeste de la capital).

El ámbito de operación de Edegel no se define explícitamente en el contrato, aunque de acuerdo con la LCE, una empresa generadora puede realizar ventas en el mercado regulado, ya sea mediante la venta de energía en contratos de largo plazo con los distribuidores o la venta de energía al sistema, o al mercado libre, es decir a los clientes con demandas superiores a 1 MW.

En el caso de las ventas al mercado regulado, esta se hace mediante contratos a precios en barra. Los precios en barra son fijados por la CTE, de acuerdo al ciclo hidrológico, en los meses de mayo y noviembre. En concordancia con la LCE, estos precios vienen a ser un promedio actualizado de los costos marginales instantáneos del abastecimiento eficiente del sistema en un horizonte de 48 meses. En su cálculo se toma en cuenta una estimación de la demanda de energía, un plan de obras razonable y los costos variables de las turbinas.

Si bien en los contratos de concesión se establece la posibilidad de efectuar acuerdos complementarios de entendimiento y de someter a arbitraje aspectos técnicos específicos, en el contrato de compra-venta y el de ampliación, se establece que las diferencias de este tipo se someterán única y exclusivamente a un tribunal arbitral convocado expresamente para tal fin.

5.2.2. Aspectos Claves de los Incentivos

De los Criterios de la Subasta y Variables de Decisión

La forma de pago para adjudicarse la concesión fue modificada varias veces durante el proceso, lo que habría generado cierta desconfianza entre los inversionistas e indicaría una sobreestimación inicial del valor de la empresa por parte del Estado. Probablemente, la mayor modificación en el proceso haya sido la incorporación de un compromiso de inversión para ampliar la capacidad instalada en el SICN, siendo primero monetario, unos US\$ 50 millones en 5 años para generación hidráulica, luego, cuando el proceso se reanudó en 1995, se incluyó el compromiso de inversión para la ampliación en 100 MW, en un plazo de 12 meses, lo cual tampoco respondía a la inquietud de los postores para tener libertad en decidir la forma y mecanismo para ampliar dicha capacidad. Aunque la falta de definición habría creado retrasos innecesarios en la adjudicación, a lo que se

⁵⁵ Su composición accionaria era 50% de Entergy (a través de su subsidiaria EP Edegel), 43% de Endesa de Chile (a través de Inverandes de Argentina), 4% del grupo Wiese y 3% del grupo Graña y Montero.

unían las rigideces por un compromiso de inversión desproporcionado, las correcciones efectuadas en el proceso y el atractivo de la empresa permitieron una adjudicación exitosa.

Cuadro 7: Cronograma del Proceso de Privatización de Edegel

1 Definición para la constitución de Edegel	20 de julio de 1993
2 Convocatoria a concurso público internacional	16 de junio de 1994
3 Otorgamiento de concesión por el MEM (centrales hidráulicas)	del 28 de agosto al 3 de setiembre de 1994
4 Definición sobre la privatización de las unidades de Electroperú	5 de setiembre de 1994
5 Suscripción de los contratos de concesión definitiva	19 de setiembre de 1994
6 Anuncio de postores precalificados	14 de octubre de 1994
7 Suspensión del proceso	27 de octubre de 1994
8 Otorgamiento de autorización por el MEM (central térmica)	7 de noviembre de 1994
9 Subasta de Cahua	25 de abril de 1995
10 Reanudación del proceso	18 de julio de 1995
11 Presentación de ofertas económicas	17 de octubre de 1995
12 Fecha de cierre (suscripción del contrato de compra-venta)	30 de noviembre de 1995
13 Subasta de Etevensa	12 de diciembre de 1995
14 Compromiso de inversión	Noviembre de 1996

Elaboración: Macroconsult S.A.

De las Metas de Desempeño

La ampliación de la capacidad debía ejecutarse en un plazo de 12 meses, prorrogable a no más de 18 meses, con la condición que a los 12 meses el grado de avance fuera superior al 10%. La planta debía ser construida con criterios de eficiencia económica y con costos que guarden equivalencia con los precios de mercado para proyectos similares. Edegel debía encargarse de la ejecución de todas las obras, inclusive de la interconexión con el SICN. Se le daba la facultad para escoger la tecnología, las características técnicas y la ubicación geográfica de la planta, así como, de ser el caso, el tipo de combustible a emplear.⁵⁶ Sin embargo, con las condiciones establecidas, se indujo indirectamente a Generandes a invertir en una central térmica, ya que en el plazo otorgado no era técnicamente viable la generación hidráulica. Además, en el contrato de compraventa se señala que Edegel (estatal) se comprometía a iniciar antes de la transferencia los trámites de autorización para la central los que sólo operan en el caso de centrales térmicas.

⁵⁶ En la fecha de suscripción del contrato, debía presentar el plan de trabajo para la ejecución del proyecto, que se adjuntó como anexo al contrato de ampliación.

Asimismo, el que se haya exigido un compromiso de inversión, responde al crecimiento de la demanda y al poco margen de reservas que, en ese momento, tenía el SICN. El riesgo de un compromiso de inversión en un entorno de competencia era mínimo por el crecimiento de la demanda, los niveles de cobertura y la magnitud de la inversión requerida para satisfacerla. Su exclusión al inicio habría buscado reducir el riesgo para los inversionistas y motivar a un mayor número de empresas a participar en el proceso.

De la Duración y Causas de Terminación

El plazo indefinido de la concesión habría buscado reducir el riesgo de la empresa y garantizar niveles de inversión óptimos. De esta manera se eliminaba los incentivos a subinvertir y se podía realizar proyecciones de largo plazo haciendo más eficientes las decisiones de inversión.

De los Mecanismos de Arreglos de Disputas

En caso de no ponerse de acuerdo, el tribunal arbitral dictaminaría un laudo arbitral final y obligatorio, por lo que no proceden recursos de apelación. En otras palabras, no se recurre al Poder Judicial. Esto obedecería a un intento de reducir el riesgo inherente al proyecto, teniendo en cuenta el alto grado de especificidad y el volumen de los activos de Edegel.

De las Garantías del Gobierno y Cláusulas de Seguridad

De manera similar que con las distribuidoras, Edegel y sus inversionistas tuvieron la oportunidad de firmar convenios de estabilidad jurídica, tributaria y libre disponibilidad de divisas. Asimismo, en los contratos de concesión se establece que pueden solicitar el apoyo del Estado para garantizar la continuidad de la operación en casos de calamidad pública, conmoción interna o disturbios. Esta garantía está ligada, como en el caso de los distribuidores al riesgo de los atentados terroristas, todavía muy cercanos en la memoria de los inversionistas.

En Edegel también se establecieron compromisos con el Estado respecto a mantener la composición accionaria de Generandes.⁵⁷ Sin embargo, los montos de indemnización son insignificantes si se comparan con el valor de los activos de la empresa (US\$ 1,220 millones a setiembre de 1997). Respecto al compromiso de inversión, Generandes debía presentar una garantía bancaria, por US\$ 20 millones. Se podía ejecutar la garantía en caso que, vencido el plazo de 12 meses, no se hubiera cumplido con avanzar al menos el 10% de las obras, en cuyo caso sólo sería exigible una vez transcurridos 18 meses. Además, si la obra se encontraba inconclusa luego de los 12 meses, se otorgaban tres meses de gracia, luego de los cuales Generandes debía pagar a Electrolima US\$ 200 mil por cada MW no instalado, por cada día de atraso. No fue necesario ejecutar esta garantía porque Edegel cumplió con el compromiso en el plazo establecido. Las garantías eran lo bastante flexibles para que la empresa no aumente la prima por riesgo asignada a la concesión.

⁵⁷ Al igual que en las distribuidoras de Lima, las restricciones apuntan a la conservación del 25% del capital social de Generandes por el inversionista estratégico (en este caso, EP Edegel), y del 26% del mismo por los otros integrantes del consorcio que suscribieron la participación comprometida. Asimismo, Generandes no podía transferir todo o parte del 60% adquirido, a menos que la otra parte cumpla con los requisitos solicitados en el proceso de adjudicación. Las indemnizaciones por incumplimiento son similares a las de la distribución, esto es, US\$ 500 mil para el caso de los integrantes de la participación comprometida, y US\$ 5 millones para los demás casos.

5.3. Determinantes de los Arreglos Contractuales

5.3.1. Objetivos de la Contratación

Teniendo en cuenta que la unidad de distribución había sido dividida en dos, los asesores externos de la privatización aconsejaron como paso inicial la venta de Edegel, ya que en ésta no se habían efectuado mayores cambios estructurales. La transferencia de Edegel cumpliría entonces un efecto demostrativo para la privatización del resto de unidades eléctricas, en especial para las de generación. Al final se optó por vender primero las empresas de distribución a fin que la consolidación de Edelnor y Edelsur en manos privadas permitieran “que los potenciales inversionistas por Edegel las consideraran como riesgo aceptable”. En otras palabras, se buscó reducir el riesgo de operación en Edegel, privatizando antes las distribuidoras de Lima, quienes constituyen los principales clientes de Edegel.

Sin embargo, el elemento de riesgo estuvo concentrado en la incertidumbre generada respecto a la forma de privatización de las centrales de Electroperú, su más cercano competidor, cuyo proceso se encontraba un poco rezagado respecto al de Electrolima.⁵⁸ La disposición de los activos de Electroperú introducía nuevos elementos de consideración para los inversionistas privados, y fue uno de los motivos principales para que se suspendiera la venta a fines de octubre, apenas una semana antes de la subasta. La reanudación del proceso, nueve meses después, encontraba al sector eléctrico con una empresa de generación ya privatizada.⁵⁹ En el Cuadro 7 se presenta un cronograma que permite comprender mejor la secuencia del proceso.

Hubo además otros dos aspectos que contribuyeron a la suspensión de la venta de Edegel, y que no sólo evidencian la falta de objetivos claros, sino también que, luego que se definió la forma de privatización, primó el objetivo de maximizar el ingreso por la venta.⁶⁰ Además, se estableció un compromiso de inversión que habría tenido como objetivo no tanto asegurar la inversión (lo que era en verdad innecesario dada la orientación de la legislación), sino acelerarla y al mismo tiempo, crear mayor aceptación con el proceso de privatización y dar la imagen de la entrada de capitales con fuertes compromisos de inversión. Sin embargo, la inclusión de este compromiso habría sobredeterminado el diseño general del contrato, que más bien pasaría a ser parte de un costo de aprendizaje de los encargados del proceso.

En conclusión, si bien se consideró en algún momento que Edegel fuera la primera empresa del sector en ser privatizada, como indicaba la experiencia en otros países, terminó siendo vendida en

⁵⁸ Para el diseño y ejecución de la privatización de Electroperú se constituyó el CEPRI-ELECTROPERÚ con asesores externos como Arthur Andersen, el banco de inversión N.M Rothschild. Se contó además con el apoyo del Banco Mundial. Se decidió que el Complejo del Mantaro quedaría en Electroperú, mientras se constituían tres empresas: Cahua (40 MW), Eepsa (75 MW) y Egenor (437.7 MW). Previamente, en agosto de 1993, se resolvió que las centrales térmicas de Ventanilla (200 MW), construidas en fecha reciente por Electroperú, constituyeran la empresa Etevensa.

⁵⁹ En abril de 1995 fue vendida la central hidroeléctrica de Cahua, proceso dirigido a los inversionistas locales en vista de su menor potencia instalada (40 MW); por ello, no exigieron requisitos de experiencia en el sector.

⁶⁰ A mediados de octubre el CEPREL decidió incluir un compromiso mínimo de inversión de US\$ 50 millones para ampliar la capacidad de generación de Edegel con recursos hidráulicos, lo cual motivó la queja de los postores. Aunque el CEPREL eliminó poco después ese compromiso, un segundo elemento, el precio base establecido por el CEPRI (de US\$ 530 millones por el 60% de las acciones), fue considerado muy elevado por los consorcios postores. Con las elecciones muy cercanas, se prefirió postergar el proceso hasta una ocasión más favorable.

cuarto lugar.⁶¹ Sin embargo, la suspensión del proceso hasta después de las elecciones, le habría permitido al Estado alcanzar un precio similar al establecido como base en la primera fase del proceso, ya que los postores habrían considerado menores primas por riesgo-país que unos meses antes.

En el caso de Edegel, la COPRI manejó varias opciones para la transferencia de la empresa⁶² que buscaban promover una mayor competencia en el SICN a través de una reagrupación de las centrales. Se llegó a contar hasta con cinco hipótesis de trabajo:

- (I) Mantener los activos de generación como una sola empresa.
- (II) Constituir dos empresas: una con todas las centrales hidráulicas y la otra con la central térmica.
- (III) Formar tres empresas: dos hidráulicas y una térmica.
- (IV) Crear seis empresas, una por cada central.
- (V) Constituir dos empresas, de manera que la central térmica se integre con unidades hidráulicas.

Las opciones (II), (III) y (IV) planteaban que la Central Térmica de Santa Rosa se privatice como una empresa independiente, lo que se consideró poco conveniente debido a que dicha central tiene un alto costo de producción, que la convierte en una central que de acuerdo al orden de despacho operaría sólo en horas de punta, y durante años “secos” (en los cuales la provisión de agua para las centrales hidráulicas sea insuficiente). Con ello, su viabilidad financiera como empresa sería nula, por lo que finalmente estas tres opciones quedaron descartadas.

Quedaba entonces como opción alternativa agrupar la central térmica con una o más centrales hidráulicas en una empresa, y constituir otra empresa con las restantes. Las limitaciones, en este caso, partían de cómo reagrupar, en dos bloques, centrales hidráulicas que operan en la misma cuenca hidrológica.⁶³ Centrales ubicadas en tramos superiores podían tener un mayor control de los beneficios de la administración del agua. Esto significaba que las dos empresas que se constituyesen debían tener la responsabilidad compartida de la cuenca hidrológica, sin olvidar que también es utilizada para generar agua potable. Además, cualquier división óptima pasaba por el análisis de la viabilidad financiera de la empresa que opere con la central térmica.

Así, como consecuencia de la diferencia de costos entre las centrales térmicas e hidráulicas, la viabilidad financiera de la empresa y la venta en paquete de las centrales, se decidió finalmente vender la empresa como una unidad. Paralelamente, la privatización de Edegel como una unidad, indica que el Estado ponderó más el objetivo de aumento de la inversión, así como la eficiencia operativa.

⁶¹ Después de Edelnor, Edelsur y Cahua.

⁶² Los asesores que participaron en el proceso fueron los mismos que intervinieron en la privatización de la unidad de distribución de Lima.

⁶³ Las centrales de Huinco (258 MW) y Callahuanca (68 MW) se sitúan en los tramos superiores del Santa Eulalia, y la de Matucana (120 MW) en la parte superior del Rímac. En cambio, Moyopampa (63 MW) y Huampaní (31 MW) se construyeron en el tramo inferior del Rímac, luego que éste recibe las aguas del Santa Eulalia. La separación máxima entre ellas es de 40 Km.

5.3.2. Características de la Actividad y Estructura del Mercado

Dentro del proceso productivo de electricidad en un mismo sistema interconectado (SI), la generación constituye la única etapa en la cual se pueden establecer mecanismos de competencia directa. De acuerdo a la LCE, su mercado objetivo son las empresas distribuidoras y aquellos usuarios considerados libres.

Sin embargo, existen características técnicas que diferencian a las centrales entre sí, en especial al comparar centrales hidráulicas con térmicas. La inversión requerida para la construcción de una central hidráulica resulta más elevada que en el caso de una térmica (para una misma capacidad de generación) por toda la infraestructura que se requiere para su funcionamiento. Asimismo, por su localización se incurre en mayores costos para transportar la energía hasta los centros urbanos y su construcción toma más tiempo. Sin embargo, una vez construida, el costo de producción de las hidráulicas es más bajo, por lo que en un sistema interconectado que opera al mínimo costo, las centrales hidráulicas tienden a operar durante todo el día. Su vida útil tiende a ser larga, y el avance tecnológico no es tan acelerado, aunque últimamente está tomando impulso la construcción.

Existe libre acceso a la generación. No obstante, los altos costos de inversión limitan el número de participantes. En el caso del SICN existen siete empresas privadas y dos estatales, que constituyen aproximadamente el 75% de la producción eléctrica nacional.⁶⁴ La mayor parte de la generación es hidráulica, un 90% en el SICN, usando las centrales térmicas combustibles tales como el diesel 2, residual y recientemente gas natural. Se espera que en el futuro las tarifas disminuyan como consecuencia de la mayor disponibilidad de gas para las centrales térmicas debido a la potencialidad del proyecto de Camisea. Ante este nuevo entorno, cada empresa deberá adecuarse ya que no existen ingresos garantizados por operar en el sistema, salvo el pago por potencia, el cual se verá reducido gradualmente en el caso que las centrales no operen por sus altos costos.

Por su parte, en el mercado de los clientes no regulados, se aprecia un bajo nivel de competencia, sobre todo en la posibilidad de atraer a los clientes situados en el área de concesión de las distribuidoras. Ello se debería, entre otras causas, a que la LCE establece que el peaje que tendría que pagar el generador al distribuidor se negocie entre las partes, y que al no ponerse de acuerdo la CTE lo establecería de forma condicional. Un punto para que esta situación mejore, se refiere a la regulación *ex-ante* tanto de las tarifas como de las condiciones de acceso.

5.3.3. Restricciones a la Contratación y Mecanismos de Regulación

La CTE es la entidad responsable de fijar las tarifas en barra, pero los estudios técnicos y económicos son efectuados por los COES, se fijan cada seis meses de acuerdo al ciclo hidrológico (mayo y noviembre), los COES determinan el precio básico de la energía y el precio básico de potencia de punta.⁶⁵ Con ambos precios calcula el precio de energía y potencia en cada barra,

⁶⁴ Las empresas estatales son Electroperú y Electroandes, mientras las empresas privadas son Edegel, Etevensa, Egenor, Cahua, Eepsa, Shougesa, y la recientemente incorporada Electro Aguaytía, que inició sus operaciones el 15 de marzo.

⁶⁵ El Precio Básico de la Energía se calcula del promedio ponderado de los costos marginales de corto plazo de la energía por bloques horarios. Para el Precio Básico de la Potencia en Punta se determina el tipo de unidad generadora más económica que suministre potencia en horas punta. Para ambos casos, el COES proyecta la demanda de energía y potencia para los siguientes 48 meses, determinando el programa de operación que minimice el costo. En el cálculo se incluye las pérdidas de potencia y energía en la generación y transmisión.

agregando las compensaciones de transmisión. Los resultados son remitidos a la CTE para su verificación. Aun cuando la información es suministrada por los propios regulados, la CTE tiene mayor facilidad para revisarla en vista que los costos variables son fácilmente observables en función de las características técnicas de los equipos y las condiciones hidrológicas, además de que operan empresas públicas en el sistema.

El precio de la energía eléctrica generada se encuentra regulado para la transferencia de energía a otros generadores (que integren un sistema interconectado y pertenezcan al COES), y para la venta de energía eléctrica a concesionarios de distribución destinada al servicio público de electricidad. En el primer caso, el precio es igual al costo marginal de largo plazo, mientras que, en el segundo, al costo marginal se agrega la compensación a los transmisores, determinando la tarifa en barra.

En cada SI se requiere una coordinación previa entre todos los operadores. Para ese fin, en el caso peruano la LCE creó los COES, responsables del control de despacho. En cada SI existe un COES⁶⁶ encargado de la planificación, coordinación y control de la operación del sistema al menor costo posible, con la responsabilidad de garantizar la seguridad del abastecimiento. Además, se encargan de calcular y de proponer a la CTE los costos marginales del sistema en el corto plazo, así como la potencia y energía firme de cada unidad de generación, con los cuales se determinan los precios máximos a cobrar por las unidades de generación (en el caso de ventas a distribuidores o a otros generadores).

En todos los demás casos, existe libertad de precios y, como una variable de control, la LCE especifica que las tarifas en barra no pueden diferir en 10% de los precios libres, bajo el supuesto que este mercado funcione en condiciones de competencia. Un punto muy importante se refiere a la negociación entre un generador u otro usuario por el peaje a pagarse por el uso de las redes de distribución y transmisión secundaria. En la actualidad, la CTE sólo interviene fijando un precio de acceso en el caso que una de las partes interesadas solicite arbitraje. Sin embargo, para posibilitar una efectiva competencia en el mercado libre se debería agilizar este procedimiento pudiendo llegarse a regular el peaje *ex-ante* y las condiciones de acceso a insumos esenciales. Ello debido a que, por las economías de escala y localización, el uso de las instalaciones existentes es condición necesaria para poder brindar el servicio.

El gobierno también dispone de instrumentos fiscales que influyen en el precio. Además de la exoneración del Impuesto Mínimo a la Renta, las empresas generadoras que integran un COES están también exoneradas del pago del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) al diesel o residual que adquieran para sus centrales térmicas. En otras palabras, el Estado crea mecanismos para la reducción de los costos que inciden en la tarifa, en especial para las horas de punta, beneficiando también a los generadores térmicos. Sin embargo, indirectamente también desincentiva a los clientes mayores a generar su propia energía, ya que no pueden acogerse a esa exoneración.⁶⁷

5.4. Evaluación Preliminar

⁶⁶ El COES está integrado por todos los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión principal, siempre que tengan más del 2% de la potencia efectiva del SI, y vendan a terceros más del 35% de la energía producida.

⁶⁷ El anexo del dispositivo legal especifica las empresas que gozan de este beneficio.

El proceso de transferencia de la generación eléctrica se elaboró teniendo como base un marco de regulación ya definido. Sin embargo, afrontó mayores dificultades para establecer la competencia. En el caso de la generación, si bien hay conciencia de la posibilidad para incentivar la competencia, debido al reducido número de participantes en el mercado peruano, no se tuvo en claro cómo aplicarla.

Pese a lo anterior, parece que la organización definida en el SICN ha sido adecuada, toda vez que el panorama para los próximos cinco años indicaría un fuerte incremento de la competencia, que comienza a hacer sentir sus efectos en las tarifas en barra. Tal vez, el único inconveniente para el desarrollo del sector sea la decisión de mantener unidades de generación de tamaño importante en manos del Estado, que el gobierno justifica afirmando que debido a su tamaño ejercería una posición de dominio en el mercado. Sin embargo, de esa forma el Estado puede tener influencia en la evolución de la tarifa, incrementando el riesgo para los participantes privados en generación.

Cabe señalar además que la hipótesis de que el proceso de Edegel haya constituido una señal para el mercado se hace relativa al momento de analizar los vaivenes del proceso, motivados por la incertidumbre sobre el resto de unidades de generación en el SICN.

5.4.1. Dimensiones de Desempeño de Edegel

Edegel cumplió con su compromiso de inversión en noviembre de 1996 con la construcción de una central térmica en Santa Rosa, que empezó a operar comercialmente en enero del año siguiente. La central es una turbogás que opera actualmente con diesel como combustible, pero que puede convertirse en una central de ciclo combinado cuando se obtenga un combustible más barato,⁶⁸ lo cual elevaría su potencia.

La utilidad operativa de Edegel, como porcentaje de las ventas, ha sido de 33.6% en 1995 y de 55.3% en 1996. Sin embargo, se han apreciado resultados similares en otras empresas de generación, en especial en las hidráulicas,⁶⁹ por lo que no es necesariamente un indicio de un manejo gerencial eficiente. El reducido número de competidores explicaría la mejor situación de las empresas de generación con respecto a las distribuidoras. En los últimos años, el excedente de oferta de potencia, al menos en el SICN, ha sido importante. En el caso de las hidráulicas, debido a su menor costo marginal, obtienen una renta durante las horas de mayor consumo, cuando se utilizan las centrales térmicas.

⁶⁸ Las centrales de ciclo combinado involucran la presencia de dos turbinas, una que opera por combustión y otra por vapor. Esta última genera energía con el vapor producido por la turbina a combustión. Una central de ciclo combinado requiere operar como base, esto es, durante todo el día (como las hidráulicas) porque resulta muy costoso utilizar la turbina a vapor sólo en las horas punta. Para operar como base, se necesita un combustible más barato, como el gas; de allí que la central será modificada cuando el gas de Camisea llegue a la capital.

⁶⁹ Por ejemplo, en 1996 Cahua obtuvo una rentabilidad operativa de 72.2%, y Electroperú de 43.7%.

5.4.2. Interacción con el Mercado

Probablemente uno de los mayores desafíos que afronte Edegel en el mediano plazo sea la competencia de sus centrales frente a las inversiones que se realicen en generación eléctrica usando como combustible el gas natural y el efecto global sobre el precio de la energía.

En la actualidad, existe un conflicto de intereses, relacionado con la participación del mercado, entre los propietarios de las centrales térmicas y las hidráulicas. Con anterioridad a la privatización, se definió que para el cálculo de la potencia en punta se tendrían en cuenta las potencias a firme⁷⁰ de las centrales. De acuerdo a la demanda de potencia se asignaría un porcentaje del mercado a cada central para vender a las distribuidoras en el SPE. El problema es que se otorgó a las térmicas la posibilidad de negociar el íntegro de su potencia a firme, con el fin de garantizar su operación, mientras que las hidráulicas sólo podían repartirse el resto del mercado no cubierto por las térmicas.⁷¹

Otro ejemplo de la situación competitiva que se vivirá en el mediano plazo es el comportamiento de los actores en el mercado libre. Si bien los generadores garantizan a los distribuidores la venta de energía destinada al SPE, los primeros habrían ejercido su poder de dominio en el mercado restringiendo a los segundos la capacidad para suministrar energía para los clientes libres (aduciendo poca capacidad disponible). Este comportamiento ha originado que muchos clientes libres se hayan dirigido a negociar directamente con los generadores, los que han tratado de incentivarlos a firmar contratos de largo plazo. Sin embargo, éstos sabiendo que dentro de cinco años el precio de generación tenderá a disminuir por la mayor oferta, han preferido firmar contratos de corto plazo (de un año de extensión en promedio). Ante ello, los generadores han fijado el precio con un premio de 3 a 5% por encima de la tarifa en barra. Por ello, se ha observado que el precio de generación de los clientes libres, paradójicamente, se encuentre persistentemente por encima del precio de los regulados

6. El Caso de la Carretera Arequipa-Matarani

6.1. Contexto del Sector y del Proyecto

En 1990, como consecuencia de la deficiente inversión en años previos, la red vial nacional presentaba el 41% de las carreteras asfaltadas en mal estado, estando sólo el 24% en buenas condiciones. La situación de la red vial total (nacional, departamental, y vecinal) era todavía peor, ya que tenía el 76% de su extensión en mal estado.⁷² En este contexto y ante la posibilidad de otorgar concesiones, se da en concesión el proyecto de rehabilitación y mantenimiento de la carretera Arequipa-Matarani.

⁷⁰ La potencia a firme se define como un porcentaje de la potencia instalada. En el caso de las centrales hidráulicas, se considera la producción regular de la central a un 95% de confianza, según información de los últimos 40 años. En el caso de las centrales térmicas, se considera la probabilidad de indisponibilidad de la central por falla.

⁷¹ Por citar un ejemplo, si la demanda de potencia es 2000 MW, y la potencia total a firme de las térmicas es 700 MW, los 1300 MW restantes de la demanda se reparten equitativamente entre las hidráulicas, ya sea que su potencia a firme sea 1500 MW o 3000 MW.

⁷² A fines de 1990 la ANATEC (Asociación de Transportistas Terrestres de Carga) estimaba que el estado de las carreteras ocasionaba un retraso aproximado de 40% sobre el tiempo de viaje en comparación con 1984.

El proyecto no involucra construcción y se ubica en el sur de Perú (departamento de Arequipa), comprendiendo tres tramos, el primero entre Arequipa y el Empalme con la Carretera Panamericana Sur, desde el Empalme Panamericana Sur a Matarani, y la Vía de Evitamiento con una extensión total de 112 Km.

El departamento de Arequipa tiene una población cercana al millón de habitantes y es el segundo en PBI. El puerto de Matarani es el tercer medio marítimo en comercio exterior del país y el cabotaje registrado en él representa cerca del 8% del total nacional. La carretera tiene un carácter estratégico ya que por ella mercancías bolivianas acceden al Océano Pacífico.

6.2. Características del Arreglo Contractual

6.2.1 Descripción del Contrato

El contrato de concesión fue firmado en setiembre de 1994 entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) representado por el Sistema Nacional de Mantenimiento de Carreteras (SINMAC) y la empresa Graña y Montero S.A (G y M.), e incluía como derechos y obligaciones de la empresa la rehabilitación y mantenimiento de los tramos en concesión, a cambio de la explotación del derecho de peaje y la administración general de la concesión, por lo que no existió un pago monetario. Se trató de la primera concesión que se establecía bajo la modalidad “a título oneroso”, lo que comprometía a la empresa adjudicataria a afrontar con sus propios recursos los gastos de desarrollo de la concesión.

La duración de la concesión era de 6 años y 2 meses de acuerdo a lo establecido por el ganador de la concesión, 6 meses para el período de rehabilitación y 68 meses para mantenimiento (finalizando en diciembre del 2000).

Los postores debían entregar tres sobres cerrados. El primero contendría sus credenciales, con las declaraciones de haber inspeccionado la zona en la que se realizaría el trabajo y de no ser empleado público y poder contratar con el Estado; el segundo sobre contendría la propuesta técnica y los antecedentes del postor y el tercero incluiría la propuesta económica.

En la precalificación de los postores se evaluaron aspectos como la capacidad económica (un patrimonio no menor al 50% del presupuesto base, y un capital de trabajo no menor a los US\$ 4 millones; la posesión de equipos propios; la organización y personal técnico (plana de profesionales con no menos de 10 años de experiencia y 3 años de permanencia en la empresa y una antigüedad no menor a los 5 años).

Las propuestas técnica y económica otorgaban entre ambas un puntaje máximo de 100 puntos. La propuesta técnica abarcaba 20 puntos, calificándose los planes de trabajo, la organización para la administración del peaje y la calificación del ingeniero residente de obra, quedando descalificado el postor que obtuviese un puntaje menor a 10. La propuesta económica era la más importante pues otorgaba un máximo de 80 puntos, siendo la variable de más peso el plazo de concesión (70 puntos), que no debería exceder los 12 años. Se consideraba además, el compromiso de financiamiento de una institución financiera de primer orden por el 100% del presupuesto base de la obra.

La empresa se comprometía a efectuar la rehabilitación de acuerdo a su oferta económica, siendo supervisada por el MTC mediante valorizaciones mensuales de los trabajos ejecutados, garantizando que todo el personal, equipos y materiales cumplieran con las especificaciones técnicas y permanecieran en la zona de trabajo. Adicionalmente, se comprometía a que todos los bienes muebles e inmuebles que adquiriese, serían transferidos al MTC. El concesionario presentó cartas fianza de garantía de fiel cumplimiento del contrato.⁷³ Además, se comprometía a entregar en el momento de firma del contrato el expediente técnico, el calendario mensual de inversión durante el tiempo de concesión, y adicionalmente se comprometía a otorgar una serie de “servicios básicos ” gratuitos para los usuarios, tales como servicios higiénicos, pólizas y coberturas.

En el contrato se establecía que el peaje a cobrar por la concesionaria sería el vigente al mes de julio de 1994, 3 soles para vehículos ligeros y 2 soles por eje para vehículos pesados,⁷⁴ a ser reajustado semestralmente por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de Arequipa. El cobro del peaje está inafecto al Impuesto General a las Ventas (IGV); en caso de ser aplicado se incrementaría la tarifa del peaje de manera que no afecte los ingresos de la empresa.

Las controversias debían resolverse preferentemente mediante negociación directa. De no ser así, se someterían a arbitraje en Lima, vía la formación de un tribunal arbitral elegido por las partes.⁷⁵ El contrato sería declarado resuelto por el Estado si el concesionario incumpliera injustificadamente los plazos de iniciación de las obras, existiendo atrasos en la ejecución mayores al 30% de la obra o si ella estuviese paralizada. Podía ser resuelto por el concesionario cuando el MTC incumpla alguna de sus obligaciones, y cuando el MTC, o algún organismo gubernamental, no le permita realizar o interfiera en las actividades propias de la concesión.

Además de algunas cláusulas donde se brindan garantías de carácter general,⁷⁶ ligadas a las características de riesgo propias del proyecto, el Estado garantiza ingresos mínimos anuales derivados de proyecciones de la demanda de tráfico, bajo el supuesto de un crecimiento de 2.5% anual, lo cual era conservador considerando las expectativas de crecimiento económico en el Perú. La tasa interna de retorno resultante era del 17.97% anual.

Se pueden establecer modificaciones al contrato mediante el establecimiento de mecanismos de compensación o ampliación del plazo de concesión, con tal que no se lesionen los derechos de las partes, debido a causas de fuerza mayor (naturales y/o político sociales) que escapen al control del concesionario y que se relacionan con mayores trabajos materiales y posibles pérdidas.

Se presentaron al proceso de licitación importantes empresas constructoras peruanas (13 en total), pero sólo dos participaron efectivamente en la licitación, resultando ganador por una

⁷³ La carta fianza para la ejecución de las obras de rehabilitación, por un monto equivalente al 20% del presupuesto de la obra de rehabilitación y una carta fianza de fiel cumplimiento de ejecución de las obras de mantenimiento, por la suma de la recaudación de un mes en el peaje y renovable trimestralmente.

⁷⁴ Lo que equivalía al cambio vigente en ese momento a US\$ 1.21 y US\$ 0.80 por cada 100 Km para transporte ligero y pesado respectivamente

⁷⁵ Según el contrato, este contaría con tres miembros, cada parte nombraría un árbitro idóneo y entre ambos elegirían al tercero, el cual presidiría el tribunal.

⁷⁶ Algunas cláusulas poseen un carácter general como la posibilidad de la empresa de firmar convenios de estabilidad jurídica, tributaria y de libre disponibilidad de divisas, a los cuales se habría acogido. A ello se une el hecho de que las partes podían firmar contratos ley para asegurar el cumplimiento de cualquier cláusula indemnizatoria.

significativa diferencia el consorcio G & M S.A.-GMS S.A. (agosto de 1994). El monto de su propuesta ascendió a alrededor de US\$ 5.2 millones sin incluir el IGV ni los servicios complementarios. Graña y Montero S.A. es la más importante constructora peruana.⁷⁷

6.2.2 Aspectos Claves Sobre Incentivos

De la Naturaleza y Duración del Contrato

El período de concesión es bastante corto por lo cual la empresa no tendría los suficientes incentivos para realizar las obras de la forma más eficiente, dado que posiblemente no estará en posesión de la carretera cuando se tengan que afrontar los mayores costos de mantenimiento que técnicamente suelen situarse luego de los 7 a 8 años. La incidencia de estos mayores costos se concentra en el flujo de caja de la oferta económica en los meses 55 y 56 de la concesión. Sin embargo, se establece como cláusula general, que de no mantener la carretera en condiciones de transitabilidad, el Estado tendrá derecho a realizar las fianzas pedidas en las bases. Además, la asignación de alto puntaje al postor que ofrezca el menor plazo, genera incentivos perversos que pueden forzar la renegociación de los términos.

Aunque estos problemas se podían compensar con la fijación de tarifas relativamente altas, no se contempla en el contrato el incremento discrecional de las tarifas, sino sólo un incremento inicial para ajustarse luego en función al IPC de Arequipa.

De los Criterios de Selección y Proceso de Adjudicación

El que la variable decisiva para la entrega de la concesión fuera el menor plazo ofrecido indicaría el deseo del Estado de garantizar un horizonte temporal corto como una forma de reducir la incertidumbre para la empresa, y por otro lado, evidenciaría la creencia estatal de los beneficios de una rápida ejecución de la obra eran mayores que sus costos.

El mecanismo de licitación induce a que la empresa ganadora posiblemente no sea la más eficiente y gane sobre la base de una oferta “irreal” confiando en poder renegociar luego el contrato con el Estado. Así, la posibilidad de *low balling* se ve reforzada por el fuerte peso del plazo de concesión en la elección del concesionario, lo que le genera incentivos a la empresa para luego renegociar el plazo.

Por otro lado, existirían problemas de selección adversa (*ex-ante*) y se habría generado un efecto perverso, ya que las empresas dispuestas a ofrecer un menor plazo y a la vez una menor inversión, serían las que tienen estimaciones demasiado optimistas de la demanda, o están dispuestas a asumir mayores riesgos.

⁷⁷ G & M se ha expandido a otros países de Latinoamérica a través de alianzas estratégicas con socios locales y con empresas latinoamericanas o europeas de prestigio tales como GTM Entrepose, subsidiaria de Lyonnaise des Eaux (Francia), de la cual posee un 20%. GTM se dedica a concesiones comerciales como caminos y puertos, formando con G & M un joint venture para expandirse en este segmento.

De las Medidas de Desempeño

El Estado no contaba con mecanismos fuertes de supervisión para hacer cumplir los compromisos de la empresa establecidos en el calendario de ejecución de obras y el detalle de los gastos a realizarse en mantenimiento y rehabilitación. Al mismo tiempo, existían problemas de información asimétrica respecto a la calidad, que involucran altos costos para su resolución, y que no hacen posible un monitoreo de la misma.

Igualmente, el que se fije un precio de peaje desde el inicio, que luego se actualiza por la inflación influye en que la empresa, al poseer una demanda inelástica, pueda descuidar la calidad del servicio al tener un ingreso asegurado.

Por último, el que los equipos utilizados comprados por la empresa durante la concesión sean entregados al Estado al finalizar, incentiva indirectamente una inversión subóptima en éstos, ya que la empresa no podrá apropiarse de su inversión.

De los Mecanismos de Resolución de Disputas

La posibilidad contractual de que el laudo arbitral (como mecanismo de resolución de disputas) pueda ser sujeto de apelación ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior de Lima, contradice el espíritu con el que se establece el arbitraje, que está asociado a la derivación de ciertos problemas más bien técnicos, a una entidad relativamente apartada de la influencia política. En última instancia, es el Poder Judicial quien tendría la decisión final, lo que aumenta el riesgo de la empresa ante el oportunismo estatal. Ello representaría, a su vez, los costos de aprendizaje en el proceso de concesión, en especial por parte del Estado.

De las Garantías y Distribución de Riesgos en el Contrato

La garantía de tráfico mínimo induce a la empresa a invertir menos en calidad, ya que tiene un monto mínimo asegurado a cambio de reducir el riesgo del posible error en la previsión de la demanda. Asimismo, se establecía que, en función del tráfico esperado el concesionario recibiría el 90% del peaje como retribución y el 10% sería destinado a un fondo vial. Si se producía una disminución en la recaudación, como consecuencia del menor tráfico, el concesionario podría disminuir su aporte al fondo vial de forma tal que pueda retener el íntegro del 10%. Si ello no fuera suficiente, el MTC tendría que compensar al concesionario mediante el pago del saldo de la última valorización actualizada al mes anterior. Esta garantía no funcionaba de manera simétrica, ya que la empresa no tenía un límite superior a sus ingresos, por encima del cual tendría que “compensar” al Estado por sus bajas estimaciones.

La existencia de compensaciones por costos adicionales resultantes de los “mayores metrados que realmente se ejecuten” por encima de los previstos en las bases y valorados a los precios unitarios establecidos en el contrato y que el MTC reconocería como mayor inversión hasta un máximo del 10% del monto de rehabilitación ofertado, daba cierta estabilidad ante contingencias futuras. Sin embargo, si superara este porcentaje, las partes recurrirían al mecanismo de modificación del contrato por medio del plazo de concesión, lo que generaba incentivos al concesionario para

sobreinvertir o aducir una inversión por encima de este 10% para renegociar el contrato con el objetivo de obtener un plazo mayor.

La rentabilidad del proyecto se encuentra protegida en términos de moneda nacional por el reajuste periódico que se aplica a los peajes en función a la inflación. Sin embargo, no existe ninguna protección en términos de rentabilidad en dólares frente a la eventualidad de una devaluación anual superior a la inflación interna. Este riesgo no sería tan relevante, ya que la mayoría de los insumos de la empresa no son transables y más bien la caída que ha experimentado posteriormente el tipo de cambio real habría hecho que la rentabilidad en soles de la empresa sea mayor.

Se establecía que el Estado quedaba obligado a pagar al concesionario el saldo de su inversión y una penalidad equivalente al triple de la última recaudación mensual en caso que decidiera suspender o modificar unilateralmente el contrato. El concesionario podía solicitar al Estado la celebración de un contrato de estabilidad jurídica para el cumplimiento de esta cláusula indemnizatoria.

Por otro lado, el hecho de que el contrato una vez firmado no pasara a ser ley entre las partes, como en el caso de electricidad y telecomunicaciones, hacía más viable su renegociación además que esta se efectuaría vía arbitraje, lo que reducía la incertidumbre derivada de la acción judicial.

6.3 Determinantes de los Arreglos Contractuales

6.3.1 Objetivos de la Contratación

Un objetivo general de la licitación era, en primera instancia, la búsqueda de una activa participación privada en carreteras, permitiendo al Estado dedicar mayores recursos a actividades de orden social y no afrontar directamente el gasto en mantenimiento y reconstrucción luego de la crisis vial de la década de 1980.

Esta experiencia no vino acompañada de un esquema integral de concesión, y el tamaño de la inversión y precios tampoco justificaba una motivación económica de corto plazo, tales como ingresos estatales. Es por ello que el otorgamiento de la concesión estaría ligado más bien a una iniciativa impulsada por un grupo de funcionarios amparados en la posibilidad legal de efectuar la concesión y en el asentimiento de la más alta jerarquía del Ministerio, para iniciar la participación privada en el sector, especialmente peruana, en un proyecto de poca importancia relativa (coincide con la privatización de las telecomunicaciones, dependiente del mismo Ministerio, pero que no participó directamente en el proceso) y que fue llevado a cabo de manera aislada en el proceso de privatización.

Por otra parte, es probable que los funcionarios estatales esperaban ver como evolucionaba la concesión, efectuada como una especie de ensayo, para luego usar la experiencia adquirida en la formación del ente regulador y generar reputación en el proceso, para iniciar el proceso de concesiones a mayor escala.⁷⁸

6.3.2 Naturaleza del Sector y Necesidad de Regulación

Al ser el proyecto una concesión de rehabilitación y mantenimiento, el plazo es más corto y la proporción de “costos hundidos” es menor que en otros esquemas de concesión de carreteras en el ámbito latinoamericano, donde se consideraban ampliaciones y/o construcción de la red vial. Por otro lado, el grado de especificidad de activos físicos no es considerable, ya que el equipo puede ser contratado a terceros, y aunque se exigía que la empresa concesionaria debía contar con equipo propio, este es el estándar para el tipo de trabajos a ejecutar. Al mismo tiempo, la concesión en sí misma es altamente específica, ya que no hay la posibilidad de recuperar en el mercado el monto invertido si se quiere dejar o abandonar la obra ante cualquier eventualidad, por ello el derecho de concesión figura muchas veces como un activo intangible de la empresa.

Por la ubicación de la carretera la competencia es bastante limitada ya que las rutas libres de pago involucran mayores recorridos y se encuentran en mal estado.⁷⁹ Existe demanda de tráfico ligero y pesado. La primera tiene un comportamiento marcadamente estacional, por ser ruta de acceso a las playas, y tendría una baja elasticidad de demanda, dado que las posibilidades de salir y acceder a otras vías son casi inexistentes. El tráfico pesado muestra un patrón más estable, y dado el fortalecimiento del eje Matarani-Ilo-Tacna y el dinamismo económico impulsado por el gobierno en la zona, la elasticidad del transporte pesado sería bastante baja, aunque probablemente mayor que la de transporte ligero.

La relativa inestabilidad de la demanda tuvo como consecuencia que el contrato establezca garantías mínimas de tráfico y el esquema del fondo vial. Asimismo, la existencia de costos hundidos de inversión, explica los mecanismos de compensación implementados ante mayores inversiones, como el aumento del plazo de concesión, entre otros.

Parte del flujo de vehículos que pasa por la carretera continúa su recorrido desde la costa pasando por Arequipa hacia el sureste. En esta ruta existe posibilidad de competencia multimodal si la privatización de los ferrocarriles generase un servicio eficiente. A esta posible externalidad sobre la oferta se une el hecho de que no se garantiza a la empresa que no se construirán vías alternativas libres de pago que compitan con la carretera.

Los servicios complementarios que desarrolle el concesionario no están sujetos a regulación de precios. El concesionario proveería servicios complementarios que se consideran en el contrato (estaciones de servicios, grifos, restaurantes, y otros), teniendo la exclusividad de brindarlos o permitir a otros que lo hagan.

6.3.3 Restricciones a la Contratación/Regulación

El organismo encargado del proceso de concesión y supervisión del contrato era el SINMAC organismo dependiente, tanto financiera como administrativamente, del Ministerio de Transportes

⁷⁹ Existen algunas vías alternas en la Variante de Uchumayo, tales como el camino antiguo que da acceso a la Mina Cerro Verde (importante productora de cobre) y el camino que pasando por la provincia de Vitor da acceso a la Carretera Panamericana.

y Comunicaciones. Para la entrega de la concesión, no se contó con mayor asesoría internacional optándose por un esquema bastante simple (menor plazo) que no necesariamente originaba los incentivos adecuados para los agentes privados.

El Estado contaba entre sus instrumentos de regulación con la supervisión de la calidad de los servicios, de la ejecución de las obras y de los gastos efectuados. La entidad responsable era el MTC actuando por su cuenta o vía terceros de acuerdo a la metodología utilizada en la oferta económica de la empresa. La labor de supervisión se podía efectuar por medio de terceros, lo que crea problemas de agencia y limitaciones derivadas del desconocimiento que pueden tener los encargados de la supervisión acerca de sus reales funciones y atribuciones. Sin embargo, en el uso de una tecnología particular para cumplir con la propuesta técnica, la empresa tenía un margen bastante amplio, dado que no se especificaban tecnologías en el contrato.

Por otro lado, técnicamente es muy difícil verificar *a posteriori* la ejecución de nuevas obras. Así, la forma contractual adoptada hacía que el Estado, al reconocer los “metrados realmente ejecutados”, se viera en la necesidad de ejercer un riguroso monitoreo de los costos en la ejecución de los trabajos, lo que no estaba estipulado de manera adecuada en el contrato. Por otro lado, el limitado cambio tecnológico existente y la estandarización de los costos por metrados, hacía que una inversión estatal en el reconocimiento lo más exacto de los verdaderos trabajos a ejecutar, y su incorporación en el expediente técnico, reduzca las asimetrías en la información a costa de ser algo inflexible luego en la aceptación de nuevos trabajos.

A ello se une el hecho que no había una clara separación entre las funciones normativas-políticas (MTC) y las reguladoras-fiscalizadoras, empezando por el hecho de que no existía en ese momento una institución autónoma que cumpliera con estas funciones.

Paralelamente, ante la ausencia de un marco regulatorio desarrollado, se optó por dejar algunas variables fuera del control estatal, tales como el peaje, que luego de sufrir un reajuste sólo se corregía temporalmente de acuerdo al IPC de Arequipa.

6.4. Evaluación Preliminar

6.4.1. Principales Dimensiones de Desempeño en la Concesión

La demanda de tráfico ha tenido un patrón creciente aunque inestable. Las primeras sobreestimaciones del tráfico ligero se cubrieron mediante los aportes al fondo vial. Las estimaciones para 1996 han sido sobrepasadas por las reales, en 3% para el tráfico ligero y 21% para el pesado. Ello a pesar de que las tarifas están por encima del promedio nacional (S/. 2.50) ya que para transporte pesado se cobra S/. 4.30 por eje y para el ligero S/. 3.00 por unidad, lo que en dólares equivaldría a US\$ 1.54 y US\$ 1.07 por cada 100 kilómetros respectivamente.

La empresa obtuvo en 1995 una utilidad operativa cercana al 23% del total de ingresos por peaje. En 1996 el porcentaje ascendió a 36% y en 1997 proyecta un nivel cercano a 42% para luego mantenerse estable en 1998 y 1999. Para el 2000, la empresa prevé una utilidad operativa de 27% por tener que hacer su mayor pago por amortización del intangible (derecho de concesión). Estos porcentajes son más bien altos al no haber un límite superior para las ganancias de la empresa lo que le da posibilidad de obtener rentas extraordinarias. Éstas deberían compartirse con el Estado

o usarse como un fondo adicional, para períodos en los que la empresa se vea en dificultades. Si la empresa tuviera unas ganancias mayores a las esperadas, no se ve obligada a entregar la concesión antes del plazo establecido. Por otro lado, en 1997 la razón deuda/patrimonio de la empresa era de 55% lo que le otorgaba un margen de financiamiento que aseguraba su viabilidad.

Los resultados favorables de la empresa se deberían a factores como el crecimiento comercial y económico en la región que ocasiona una externalidad positiva sobre el tráfico incrementando el número de viajes por encima de los primeros estimados.⁸⁰ La empresa proyecta mejoras en el tráfico y en el nivel de recaudación, donde el crecimiento de ambos tipos de tráfico superaría el 2,5% de las proyecciones con las que hizo la oferta económica (el de vehículos ligeros creció en promedio 4%) y a las facilidades de acceso que otorga una carretera rehabilitada.

El nuevo entorno macroeconómico estable haría relativos los problemas surgidos en otros países como el rechazo de los usuarios a la actualización de las cuotas por inflación, ya que los riesgos de pérdidas para la empresa ocasionados por el desfase no son muy considerables a pesar de las rigideces que impone un período relativamente largo para el reajuste. El cobro directo por parte de una entidad privada no habría provocado rechazo entre los usuarios.

En 1998 se planea entregar en concesión el puerto de Matarani, con la condición de que se construya un nuevo terminal para la transferencia de productos mineros. La empresa ganadora tendrá que pagar un canon al Estado, lo que traería en primera instancia efectos positivos sobre la recaudación al incidir sobre la demanda de tráfico pesado.

6.4.2. La Renegociación y el Proceso de Arbitraje

Como era de esperarse, dadas las facilidades contractuales para iniciar un proceso de renegociación, y pese a que los ingresos de la Empresa Concesiones de Carreteras S.A. (CONCAR) mostraban una evolución favorable, en octubre de 1995 el concesionario solicitó la ampliación del plazo por haber incurrido en mayores costos de inversión derivados de la necesidad de un mayor metrado en la rehabilitación.⁸¹ Las partes acordaron que el MTC le pagaría a la empresa de acuerdo a un cronograma que no se llegó a cumplir. El MTC en un inicio aceptó las nuevas inversiones, ya que efectuó pagos por montos y devolución del IGV, pero en un segundo momento adujo que la oferta económica de la empresa incluía la actualización del expediente técnico, y por lo tanto los supuestos mayores metrados, por lo que actualmente pide la devolución de los pagos “indebidamente efectuados”.

Posteriormente la empresa denunció que el MTC no había devuelto oportunamente el IGV tanto por las obras inicialmente planificadas⁸² como por las adicionales para rehabilitación, generándole una divergencia entre su flujo de caja actualizado (que incluye la mayor inversión) y el flujo de su oferta económica. Por ello propusieron al MTC la implementación de una “solución integral”, mediante un aumento del plazo de concesión de 41 meses como una forma de recuperar los

⁸⁰ Pero por otro lado trae ciertos problemas de comercio internacional al imponer estándares que muchas veces no siguen los países vecinos

⁸¹ Un 27% por encima del presupuestado, se habrían encontrado gruesos errores en las cantidades de metros cúbicos de asfalto necesarias, así como inversiones en capa nivelante y parches, lo que habría sido aprobado por la supervisión acreditada del MTC.

⁸² En el contrato el MTC se comprometía a abonar o compensar el IGV por las obras mediante documentos cancelatorios del tesoro público, pero este mecanismo de pago fue desarticulado por el MEF (Ministerio de Economía y Finanzas) y que en consecuencia el pago se tendría que hacer en efectivo. El trámite para que los pagos se lleven a cabo habría originado su atraso.

impuestos no pagados y la mayor inversión comprometida, sin perjudicar a las partes aduciendo un cambio en los supuestos con los que hicieron su oferta económica.

Como no se llegó a una solución por trato directo, las partes establecieron la conformación de un tribunal arbitral, el proceso continúa dentro de este ámbito. Los peritos consultados deducen que de existir costos de inversión adicionales, éstos debían ser pagados en efectivo o con una ampliación del plazo y aducen que no es necesaria la constatación física de las obras adicionales ejecutadas por el contratista concesionario por cuanto éstas han sido aprobadas por la inspección y el MTC conforme al contrato.⁸³

Por otro lado, es insostenible la afirmación del MTC de que la diferencia entre el presupuesto ofrecido y la mayor inversión que el concesionario pudiera haber realizado constituye un compromiso de riesgo respecto del costo del proyecto y los riesgos de explotación del mismo. Al ser el contrato a precios unitarios, según los metrados realmente ejecutados, los adicionales son todos los metrados por encima de los considerados en el expediente técnico. El concesionario sólo asume voluntariamente los riesgos del análisis de precios unitarios y las tasas de interés de su propuesta. Además, la inspección de los tramos que hizo el concesionario en calidad de postor no tenía como objetivo verificar los cálculos, sino conocer la zona de futura concesión.

6.4.2. Conclusiones y recomendaciones

Es evidente que muchos de los problemas surgidos *ex-post* se deben a la falta de información y desconocimiento que ambas partes tenían del contrato y al rango de interpretación al que daba lugar. Una muestra es el problema surgido respecto a la propuesta de CONCAR para dar una solución integral con la modificación del contrato.⁸⁴

El proceso de renegociación no estaría ligado predominantemente a errores de la empresa en proyectar variables como la demanda de tráfico que ha ido aumentando año tras año y fijar los precios unitarios, sino que se debería en buena parte al diseño del mecanismo de concesión y a errores y/o actitudes estatales tales como un expediente técnico inadecuado, el incumplimiento en el pago del IGV, el desconocimiento de pagos efectuados, entre otros hechos que evidenciarían poca coordinación interna en el ente estatal, más que una conducta expresamente oportunista.⁸⁵

Las dificultades surgidas parecen ser inherentes a la poca flexibilidad para adaptarse a las condiciones locales, y las prioridades que puedan surgir en casos específicos, propias de un proceso centralizado y llevado a cabo dentro del ámbito del MTC, proceso efectuado sin asesoría

⁸³ Los argumentos del MTC para no reconocer los costos adicionales, se basarían en varios errores analíticos, entre los cuales estaría una equivocada lectura de la propuesta del concesionario y del expediente técnico, ya que los adicionales a los que se refiere la empresa no son las bermas de 3 metros en el empalme (que sí era parte de la propuesta) sino la construcción de las mismas en la vía de evitamiento contigua al empalme, las que constituirían el grueso de la inversión adicional efectuada. El concesionario, consciente de que ello implicaba una mayor inversión, se dirigió al MTC en una carta algo oscura, donde le pedía ejecutar el tramo con bermas de 1.40 m en vez de 3 m, y hacía ver que “la modificación propuesta no sería una reducción a lo ofrecido por nuestro asociado (G & M) en la licitación puesto que nuestro diseño es sólo para los 160 metros de empalme”.

⁸⁴ El MTC ponía a disposición de la empresa un cheque como pago parcial del IGV y expresaba su disconformidad con su planteamiento. La empresa adujo que la respuesta había llegado tarde, ya que se establecía como parte del mecanismo de resolución de disputas que esta debía remitirse 15 días después de su recepción. El MTC argumenta que se hablaba de días hábiles, conforme es usual en los procedimientos administrativos y por lo tanto no habría operado la aceptación tácita de la propuesta de CONCAR.

⁸⁵ Un indicio de lo anterior, está constituido por los problemas surgidos respecto a las atribuciones del supervisor, pareciera ser que él no estaba facultado a ordenar mayores inversiones (que es lo que en la práctica habría hecho en una errada interpretación del contrato), ya que en las bases se estipula que sólo se encargaría de vigilar la correcta ejecución del contrato.

internacional o de expertos privados que evalúen los mejores mecanismos de adjudicación y promuevan el proyecto entre el mayor número de postores, tal como suele darse en estos casos.

Las fallas de diseño responden a la inexperiencia de los ejecutores del proceso de concesión de carreteras. La experiencia de la empresa participante en otros procesos en América Latina, y su conocimiento de las implicancias y posibles problemas propios de una concesión era mucho mayor que la de SINMAC tal como lo evidencia la incorporación en el contrato de muchas iniciativas de la empresa como la creación del fondo vial.

7. Conclusiones

La participación del sector privado en infraestructura en el Perú, forma parte de un programa más amplio de promoción a la inversión privada como componente de un programa de estabilización económica y de reforma estructural de la economía realizado bajo condicionalidad de los organismos multilaterales. Estos últimos han participado a través de apoyo específico al programa tanto en aspectos de diseño como en financiamiento del mismo.

Desde el punto de vista de ejecución de la inversión comprometida y de desarrollo de infraestructura, el proceso puede considerarse exitoso. Ejemplos saltantes son la expansión de la cobertura de telefonía básica, el incremento en la capacidad de generación eléctrica y las mejoras en la eficiencia de las empresas de distribución eléctrica en Lima Metropolitana. En líneas generales, los proyectos de inversión, que han mostrado resultados más exitosos fueron aquellos centralizados a través de la COPRI y se pusieron en marcha luego de haberse constituido marcos regulatorios sectoriales y agencias públicas de regulación. Los dos casos menos exitosos, Tele2000 y CONCAR, corresponden precisamente a proyectos cuya ejecución se inició sin haberse constituido los marcos regulatorios sectoriales.

La baja credibilidad inicial del Estado, derivada de los antecedentes de conductas oportunistas, ha requerido la introducción de mecanismos que compensan esa debilidad institucional y que reducen el papel discrecional del Estado a costa de perder flexibilidad en el uso de instrumentos económicos. Entre los mecanismos usados para promover la PSP en infraestructura, destaca el papel de los contratos-ley (que sólo pueden ser modificados por otra ley), el uso de garantías internacionales y acuerdos de protección a la inversión privada. Dada la limitada independencia del Poder Judicial se estableció la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio de resolución de conflictos. En el mismo sentido, se ha optado, en general, por la venta de activos, lo que garantiza mayor control operacional al operador estratégico, y por tanto, se traduce en menores riesgos fuera de su control. Las penalidades por incumplimiento de los compromisos de inversión son pequeñas en relación al valor de los activos. Las metas de inversión son realistas y factibles de cumplir en función de la baja cobertura inicial. Todo ello disminuye el riesgo de llevar adelante la actividad.

Las expectativas favorables sobre el programa de estabilización y el alto crecimiento de la economía han reducido la incertidumbre sobre las variaciones de la demanda. Por lo tanto, el riesgo comercial y las posibilidades de pedidos de renegociación se han atenuado, pese a que, se han utilizado mecanismos de precio-tope que como regla general tienden a ser más rígidas. Esto

último, tiene que ver también con los menores requerimientos de información que demanda su aplicación, lo que resulta consistente con la reducida capacidad administrativa del Estado. En ese sentido, el esquema de agencias reguladoras autónomas implementado en el Perú, tiene la particularidad de haber separado de la estructura ministerial la función de regulación y supervisión de contratos. Además, el uso de negociación y firma de contratos de manera previa a la subasta, ha reducido también la existencia de comportamientos estratégicos y el potencial de renegociación luego de la subasta.

El proceso de reformas que ha llevado adelante el Estado peruano, ha tenido como protagonista al Poder Ejecutivo que ha actuado como ejecutor y legislador. En su papel ejecutor debe destacarse que se trata de un proceso liderado casi directamente por el Presidente de la República. Como ejemplo de ello, puede mencionarse que los nombramientos de los funcionarios a cargo de los procesos de privatización⁸⁶ y de los directivos de las agencias reguladoras, se hacen a través de Resoluciones Supremas, normas dadas por uno o más Ministros de Estado con la aprobación del Presidente de la República. Con ese mismo instrumento legal, se han aprobado todos los planes de promoción de la inversión privada, tanto en privatizaciones como en concesiones. La mayor parte de los marcos regulatorios sectoriales, las normas de fomento de la competencia y la reforma económica en general, ha llevado el sello presidencial al haberse realizado a través de decretos legislativos cuyas normas de autorización fueron amplias.

Si bien la participación del sector privado en la economía peruana en los últimos años es una experiencia exitosa, destaca la lentitud en la construcción de credibilidad en la dotación institucional del país. Se sabe que los inversionistas privados siguen demandando garantías que reduzcan el riesgo. Probablemente, ello se deba a la continua y creciente interferencia del Poder Ejecutivo en las decisiones del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Ejemplos recientes de ello son la destitución de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales (luego de emitir fallos acordes con la Constitución que deniegan la posibilidad de reelección por tercera vez del presidente Fujimori) y del Consejo Nacional de la Magistratura (como organismo con competencias para destituir miembros del Poder Judicial).

Los seis casos de inversión privada en infraestructura muestran marcadas diferencias tanto en términos del desempeño empresarial como en relación al nivel de adecuación de las modalidades contractuales a las características específicas de cada proyecto de inversión. Para entender la diversidad observada, es preciso considerar el contexto histórico en el cual se adoptaron los arreglos contractuales, toda vez que el marco institucional que constituye dicho contexto ha sufrido notables cambios como resultado de la puesta en marcha de las reformas estructurales.

Por otro lado, es preciso destacar, en el caso del sector electricidad, la flexibilidad del marco regulatorio y de las modalidades contractuales adoptadas. La regulación es un proceso dinámico que generalmente requiere de adaptaciones frente a circunstancias no previstas. (Referencia: cláusula en los contratos de concesión que establece el cumplimiento de normas vigentes y futuras sobre libre competencia).

⁸⁶ Incluso los de los Comités Especiales de Privatización.

El proceso de privatización en el sector electricidad no ha concluido. La principal empresa de generación sigue siendo estatal y su privatización se ha postergado, al parecer por consideraciones políticas, hasta después de las elecciones presidenciales del año 2000. Esta postergación introduce un elemento de incertidumbre que al parecer no había sido contemplado al momento de diseñarse el marco regulatorio y las modalidades contractuales con los operadores privados.

En el caso del sector de telefonía básica, pese al alto precio pagado por la CPT y ENTEL, Telefónica no ha planteado renegociar el contrato ni extender el plazo de concurrencia limitada y ha optado por el sobrecumplimiento de metas (que le permitirá tener una posición dominante en el mercado) como una mejor alternativa para recuperar la inversión. Este proceso ha sido favorecido por el incremento en rentabilidad derivado de la caída del tipo de cambio real. Paralelamente, se espera que el mercado peruano esté en condiciones favorables para abrirse a la competencia luego del rebalanceo tarifario, el fortalecimiento institucional del organismo regulador y el desarrollo de la legislación complementaria.

Este no ha sido el caso en otros países de la región. La explicación a ello se puede encontrar en dos factores. Por un lado, la limitada capacidad del sector público general que no ha sido reformado. Así, el sector público general cuenta con personal remunerado varias veces por debajo de los promedios del mercado laboral privado, normas de adquisiciones rígidas, sistemas de promoción de personal basados en antigüedad y manejo presupuestal controlado al detalle, entre otras disposiciones que imposibilitan una adecuada gerencia pública. Habida cuenta de esta realidad y de la falta de compromiso del Poder Ejecutivo con una reforma integral, que hubiera implicado entre otras cosas una vasta reducción de personal, se optó por crear instituciones “isla” con regímenes laborales y de ejecución de gasto homologables al sector privado. De otro lado, la separación obedece a razones de cultura organizacional ya que resultaba difícil que los reguladores y supervisores fueran imparciales si provenían de los propios ministerios que, a su vez, son las entidades concedentes.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Artículos

Albouy, Y. 1997. *Marginal Cost Analysis and Pricing of Water and Electrical Power: Methodology Notes*. New York, Estados Unidos: Banco Interamericano de Desarrollo.

Amstrong, M. Cowan, S. y Vickers, J. 1994. *Regulatory Reform: Economic Analysis and the British Experience*. Cambridge, Estados Unidos: MIT Press.

Apoyo Consultoría S.A. 1996. *El sector eléctrico en el Perú*. Lima,Peru: Apoyo Consultoría S.A.

Averch, H. y Johnson, L. 1962. "Behavior of the Firm Under Regulatory Restraint". *American Economic Review*. 52 (5): 369-372.

Bacon, R. 1995. "Lessons from Power Sector Reform in England and Wales". En: *Public Policy for the Private Sector*. Washsington, DC, Estados Unidos: World Bank.

Banco Mundial. 1995. *Informe sobre el desarrollo mundial 1994: infraestructura y desarrollo*. Washington, DC, Estados Unidos: World Bank.

Beesley, M. y Littlechild, S. 1989. "The Regulation of Privatized Monopolies in the U.K." *Rand Journal of Economics*.

Breatigam, R.R. y Maron, A. 1993. "Effects of the Change from Rate of Return to Price Cap Regulation". *American Economic Review*. 83 (2): 191-198.

Brennan, T. 1989 "Regulating by Capping Prices". *Journal of Regulatory Economics*. 1 (1): 33-49.

Büchi, H. 1995. "La importancia del sector electricidad y sus regulaciones para el desarrollo económico." En: H. Büchi, editor. *Desafíos de Política para los años noventa: Cómo superar la crisis del sector eléctrico en los países de América Latina y el Caribe*. Washington, DC, Estados Unidos: OLADE/Banco Mundial.

Colombia. Ministerio de Energía y Minas y otros organismos. 1991. *Organización institucional del sector eléctrico—La experiencia internacional: Análisis de casos y exposición de los modelos chileno, francés, español, americano, inglés y colombiano por especialistas de diversos países*. Paipa, Colombia: Ministerios nacionales.

Comisión de Tarifas Eléctricas. *El Informativo*. Año 1, número 1, junio 1996.

---. *El Informativo*. Año 1, número 2, noviembre 1996.

---. *Resolución No. 001-94. Procedimientos y cálculos tarifarios.*

---. *Resolución No. 017-97 P/CTE. Fijación de valores nuevos de reemplazo.*

---. *Anuario Estadístico 1996.*

Demsetz, H. 1968. "Why Regulate Utilities". *Journal of Law and Economics*. 11 (1): 55-65.

De Nessi, L. 1974 "Managerial Tenure under Private and Government Ownership in the Electric Power Industry". *Journal of Political Economy*. 82: 645-653.

Dirección General de Electricidad. *Perú y sus desafíos: Negocios eléctricos*. Lima, Perú: Ministerio de Energía y Minas, 1994.

Fernández-Baca, J. y Sardón, J.L. 1995. *Regulación de la empresas de servicios públicos*. Lima, Peru: CIUP.

Faulhaber, G. 1975. "Cross-Subsidiation: Pricing in Public Enterprises". *American Economic Review*. 65 (5): 000-000.

Figueira de Mello, M. "Os impases da privatização do setor elétrico". Texto para Discussão No. 365. Rio de Janeiro, Brasil: P.U.C.

Guasch, L. y Spiller, P. 1994. *Regulation and Private Sector Development*.

Hachette, D. y Luders, R. 1991. *Privatización en Chile*. Santiago de Chile: CINDES.

Haro Zavaleta, L. 1994. "El negocio eléctrico en el marco del nuevo sistema tarifario". *Electrotécnica*. 95:

Revista Exportar. 1997. "Informe Especial: Electricidad: luz de esperanza para el futuro". *Revista Exportar*. 17.

Joskow, P. y Schmalensee, R. 1983. *Markets for Power. An Analysis of Electrical Utility Deregulation*. Cambridge, Estados Unidos: MIT Press.

Joskow, P. y Rose, N. 1989. "The Effects of Economic Regulation". En: R. Schmalensee y R.D. Willig, editores. *Handbook of Industrial Organization*. Vol 2. New York, Estados Unidos: North-Holland.

Joskow, P. 1995. "Competition in the U.S. Electric Power Sector: Some Recent Developments". En: O.J.Olsen, editor. *Competition in the Electricity Supply Industry: Experience from Europe and the United States*. Copenhagen, Dinamarca: Jurist-og økonomforbundets forlag/DJO Publishing.

----. 1991. "The Evolution of an Independent Power Sector and Competitive Procurement of New Generating Capacity". *Research in Law and Economics*. 13 (1): 63-100.

Perú. Ministerio de Energía y Minas. 1996. *Plan Referencial de Electricidad (actualización a octubre de 1996)*. Lima, Perú: Ministerio de Energía y Minas.

Revista 1/2 de Cambio. "Especial sobre Electricidad". 1996. *Revista 1/2 de Cambio*. 13 (315).

Revista 1/2 de Cambio. "Especial sobre Electricidad". 1997. *Revista 1/2 de Cambio*. 14 (331).

Revista Perú Económico. "Especial: El Sector Eléctrico Peruano". *Revista Perú Económico*. 18:7.

Riordan, M. y Cabral, L. 1989. "Incentives for Cost Reduction under Price Cap Regulation". *Journal of Regulatory Economics*. 1 (2): 93-102.

Seiz, W. 1971. "Productive Efficiency in the Steam-Electric Generating Industry". *Journal of Political Economy*. 79 (4).

Stigler, G. y Friendland, C. 1962. "What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity". *Journal of Law and Economics*.

Spiller, P. y Brian, Levy. 1995. "The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation". *Journal of Law, Economics & Organization*. 10 (2).

Taylor, L. 1984. "The Demand for Electricity: A Survey". *Bell Journal of Economics*.

Tirole, J. y Laffont, J.J. 1993. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge, Estados Unidos: MIT Press.

Vickers, J. y Yarrow, G. 1991. *Un análisis económico de la privatización*. México, D.F.: FCE.

Viscusi, W. et al. 1996. *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Estados Unidos: MIT Press.

Williamson, O.E. 1976. "Franchise Bidding for Natural Monopolies—in General and with Respect to CATV". *Bell Journal of Economics*. 7 (1): 73-104.

Resoluciones y Normas Legales

Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25845, Diario El Peruano, Lima, 19 de noviembre de 1992.

Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo N° 009-93-EM, Diario El Peruano, Lima, 25 de febrero de 1993

Decretos supremos y legislativos mencionados en el documento

Contratos de concesión definitiva de distribución de electricidad de EDELSUR y EDELNOR con el Ministerio de Energía y Minas. Agosto de 1994.

Contrato de concesión definitiva de generación eléctrica en las centrales hidroeléctricas de Matucana, Huinco, y otras de EGEGEL con el Ministerio de Energía y Minas. Octubre de 1994.

Contrato de concesión de ENTEL para la prestación del servicio portador y del servicio telefónico local en el ámbito nacional con Telefónica del Perú

El contrato de concesión de CPT que le da derecho a la prestación de los servicios portador y telefónico local en las ciudades de Lima y Callao con Telefónica del Perú.

Contrato de concesión N ° 01-94 – MTC/15.03. SINMAC (Carretera Arequipa Matarani).

Publicaciones Periódicas

Diario *Gestión*, varios números, 1995-97.

Diario *El Comercio*, varios números, 1995-97.

Diario *Expreso*, varios números, 1995-97.

Diario *Síntesis*, varios números, 1995-97.

Siglas Utilizadas

ARA:	Agencia Reguladora Autónoma
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
BOT:	Esquema contractual consiste en la participación privada bajo la modalidad "construir-operar- transferir" (en inglés "build-operate-transfer")
CEPREL:	Comité Especial de Privatización de Electrolima
CEPRI:	Comité Especial de Privatización
COES:	Comité de Operación Económica del Sistema
CONCAR:	Empresa Concesiones de Carreteras S.A..
COPRI:	Comisión de Promoción de la Inversión Privada
CPT:	Compañía Peruana de Teléfonos del Perú
CTE:	Comisión de Tarifas Eléctricas
EDEGEL:	Empresa de Generación Eléctrica de Lima
EDELNOR:	Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte
EDELSUR:	Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Sur
ENTEL PERÚ:	Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú
FITEL:	Fondo de Inversión de Telecomunicaciones
FMI:	Fondo Monetario Internacional
FONAVI:	Fondo Nacional de Vivienda
G y M S.A.	Graña y Montero S.A..
IGV:	Impuesto General a las Ventas (equivalente al impuesto al valor agregado)
INDECOPI:	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual
IPC:	Índice de Precios al Consumidor
LCE:	Ley de Concesiones Eléctricas
LDI:	Larga Distancia Internacional
MEF:	Ministerio de Economía y Finanzas
MEM:	Ministerio de Energía y Minas
MIGA:	Multilateral Investment Guaranty Agency
MTC:	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
MW:	Mega Watt
OPIC:	Overseas Private Investment Corporation
OSIPTEL:	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
OSINERG:	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía
OSITRAN:	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Transportes
PBI:	Producto Interno Bruto
PROMCEPRI:	Comisión de Promoción de las Concesiones Privadas
SICN:	Sistema Interconectado Centro Norte
SISUR:	Sistema Interconectado Sur
SINMAC:	Sistema Nacional de Mantenimiento de Carreteras
SPE:	Servicio Público de Electricidad
SUNASS:	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento
VAD:	Valor Agregado de Distribución (en electricidad)
VNR:	Valor Nuevo de Reemplazo