

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**REIVINDICANDO LA CAPACIDAD COMPETITIVA DE LA
EMPRESA PÚBLICA EN RELACIÓN A LA EMPRESA PRIVADA EN
UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

CARLOS ANDRES ODIAGA MANAYAY

ASESOR

Mgtr. PERCY ORLANDO MOGOLLÓN PACHERRE

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

Dedicado a Dios, a mi madre, Mercedes Manayay, a mis hermanos, Gabriela y José, y a mi compañera de vida, Almendra Torres Montalvo; sus palabras siempre fueron refugio en aquellos momentos de cansancio.

AGRADECIMIENTO

Gracias a Dios por nunca abandonarme, siempre inspirarme y brindarme las energías necesarias en los momentos más apremiantes; igualmente, gracias a mi asesor, Dr. Percy Orlando Mogollón Pacherre, por su amistad, sus valiosos conocimientos, su paciencia y su tiempo; sin su constante orientación hace mucho hubiera perdido el rumbo. Asimismo, gracias a todas las personas que contribuyeron a la creación de este proyecto.

RESUMEN

Las empresas públicas, a pesar que administran recursos públicos, tienen una naturaleza comercial y por ello deberían tener la misma gestión empresarial que poseen las empresas privadas, y ser sometidas a un régimen legal parecido al de ellas, a fin de que puedan operar con mayor libertad y así suministrar los bienes y servicios demandados por la población, cerrar las brechas sociales arrastradas por el país, acceder a financiamientos más acorde a su negocio y, de esta manera, poder cumplir las metas empresariales y sociales, así como los objetivos de las políticas públicas, lo cual las hará tan competitivas, eficientes y rentables como las empresas privadas.

En Finlandia, Noruega y Chile se ha modificado la gestión de las empresas públicas, garantizándoles mayor libertad para operar, sin sacrificar el respectivo control, pues están sometidas a un control imperioso pero no excesivo; además, están despolitizadas. Así, han logrado ser tan eficientes, rentables y competitivas como las empresas privadas, y, además, contribuyen tanto al desarrollo de la economía de su país, como al del sector económico donde se desempeñan.

Haré un esfuerzo por demostrar que las empresas públicas de generación de electricidad no solo pueden ser tan eficientes, rentables y competitivas como las empresas privadas, pueden atender la actual y la futura demanda de electricidad.

Palabras claves:

Empresa pública de generación de electricidad, holding estatal, Fondo Soberano de Inversión, principio de subsidiariedad, despolitización de empresas públicas.

ABSTRACT

Public companies, although they administer public resources, have a commercial nature and therefore should have the same business management as private companies, and be subject to a legal regime similar to theirs, so that they can operate with greater freedom and thus provide the goods and services demanded by the population, close the social gaps drawn by the country, access financing more suited to your business and, thus, be able to meet business and social goals, as well as the objectives of the public policies, which will make them as competitive, efficient and profitable as private companies.

In Finland, Norway and Chile the management of public companies has been modified, guaranteeing them greater freedom to operate, without sacrificing the respective control, because sometimes they are imperious but not excessive control; In addition, they are depoliticized. Thus, they have managed to be as efficient, profitable and competitive as private companies, and also have both the development of their country's economy and the economic sector where they work.

I will make an effort to demonstrate that public electricity generation companies can not only be as efficient, profitable and competitive as private companies, they can meet current and future electricity demand.

Keywords:

Public electricity generation company, state holding, Sovereign Investment Fund, subsidiarity principle, depoliticization of public companies.

ÍNDICE

Dedicatoria	
Agradecimiento	
Resumen	
Abstract	
Tabla de Abreviaturas	
Índice de Gráficos	
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	13
1.1. El Estado de bienestar y las Empresas Públicas	13
1.1.1. Las empresas públicas en Perú.....	14
a) El gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas.....	16
b) La Constitución de 1979	18
1.2. Crisis de las Empresas Públicas	20
1.2.1. La Economía Social de Mercado	22
1.2.2. La Constitución de 1993	24
A) Los Principios rectores de la Economía Social de Mercado	25
a) El Principio de Solidaridad.....	25
b) El Principio de Subsidiariedad	26
c) El Principio de Libertad de Competencia.....	27
d) Precios definidos por el mercado.....	27
1.2.3. Privatización de las Empresas Públicas	28
1.3. Estructura del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)	29
1.3.1. Intervención del Estado en la evolución normativa del sector eléctrico	30
1.3.2. Actividades del sector eléctrico.....	34
A) Actividad de generación eléctrica	35
B) Actividad de transmisión eléctrica.....	36
C) Actividad de distribución eléctrica	38
1.3.3. El acceso a la energía eléctrica	39
A) El Fondo de Inclusión Social Energético (FISE)	39
B) El Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)	40
CAPÍTULO II	42
2.1. Perú y la actual crisis financiera.....	42
2.2. Inversión pública e inversión privada	52

2.2.1. Análisis del marco normativo	55
2.2.2.El servicio universal y la aún infructífera labor de la inversión privada .	63
2.3. Las empresas estatales en el mundo.....	65
2.3.1. Del caso de Finlandia	66
2.3.2. Del caso de Noruega	68
2.3.3. Del caso de Chile.....	70
2.4. Revaloración de la Empresa Pública.....	71
2.4.1. Legitimidad de las Empresas Públicas	73
A) Intervención de las Empresas Públicas en los servicios públicos.....	76
B) Intervención de las Empresas Públicas en los sectores estratégicos ..	77
2.4.2. El sentido correcto de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044	78
2.4.3. Análisis de la subsidiariedad de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN	80
CAPÍTULO III	88
3.1. Alcances y desafíos en la gestión de las Empresas Públicas	88
3.2. Necesidad de un “holding estatal” distinto del FONAFE: Control imperioso, pero no excesivo	99
3.3. Creación de un Fondo Soberano de Inversión	117
CONCLUSIONES.....	129
BIBLIOGRAFÍA	132
ANEXOS	141

TABLA DE ABREVIATURAS

APP	Asociaciones Públicas-Privadas
BCRP	Banco Central de Reserva del Perú
CEPLAN	Centro Nacional de Planeamiento estratégico
COES	Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional
EGASA	Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.
EGEMSA	Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A.
FEF	Fondo de Estabilización Fiscal
FONAFE	Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado
FSI	Fondos Soberanos de Inversión
GPFG	Government Pension Fund Global
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
KW	Kilovatio
MW	Megavatios
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OSCE	Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado
OSINERGMIN	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
PBI	Producto Bruto Interno
SAN GABÁN	Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SEIN	Sistema Eléctrico Interconectado Nacional
SERVIR	Autoridad Nacional del Servicio Civil

ÍNDICE DE GRÁFICOS

	Pág.
Gráfico n° 1. Demanda interna y PBI: 2011-2020	49
Gráfico n° 2. Inversión bruta fija: sectores público y privado 2011-2020	50
Gráfico n° 3. Posibles escenarios para aplicar el principio de subsidiariedad	76
Gráfico n° 4. Comparación de modelos de gestión de las empresas públicas	100
Gráfico n° 5. Organigrama de EQUINOR	105
Gráfico n° 6. Organigrama de FONAFE	106
Gráfico n° 7. Estructura de propuesta de holding	111
Gráfico n° 8. Estructura y operación del GPFG	120
Gráfico n° 9. Estructura de propuesta de FSI	124

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un estudio de las empresas públicas de generación de electricidad, concretamente de tres empresas: la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA; la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. – EGASA; y, la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. – SAN GABÁN. La investigación está orientada a exponer la evolución histórica de las empresas públicas y analizar la participación de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN desde el principio de subsidiariedad, con el objetivo de determinar si es necesario que aquellas continúen operando comercialmente en el mercado eléctrico, así como analizar las ventajas y desventajas de su operación comercial. A partir de esto, si se demuestra que las mencionadas empresas tienen una participación subsidiaria en el mercado y que la misma resulta económica y socialmente importante para el país, podremos identificar las reformas que deben efectuarse en las mencionadas empresas a fin de que las mismas puedan contribuir al desarrollo económico y social del país.

La importancia de esto es porque, como consecuencia de la Gran Recesión generada en el año 2008, el país está siendo afectado económicamente, lo cual se evidencia en los problemas que tienen las empresas privadas y públicas para satisfacer la actual demanda de energía eléctrica que la población precisa para mantener su calidad de vida, y esta situación puede agudizarse en los próximos años pues continuamente está incrementándose la demanda de energía eléctrica y actualmente se estima que en los próximos años el país podría experimentar un déficit energético como consecuencia de un incremento inusual de la demanda de energía producto del inicio de importantes proyectos mineros.

De esta manera, la presente investigación es realizada porque consideramos que el Estado, en tanto tiene por fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, debe ser quien garantice la satisfacción de las necesidades básicas de la población y, por ende, la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual es realizado mediante las empresas públicas. Por este motivo, mediante este trabajo se estudia a las empresas públicas de generación de electricidad del país y a las empresas públicas de Finlandia, Noruega y Chile, a fin de identificar las reformas que deben implementarse en EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN y proponer alternativas de solución para así lograr que EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN sean eficientes, competitivas y rentables, ayuden a cerrar las brechas sociales que arrastra el país, coadyuven a cumplir las metas sociales y los objetivos de las políticas públicas del sector electricidad, y permitan atender la actual y la futura demanda de energía eléctrica. Por ello, este trabajo tiene como objetivos:

a. Objetivo General

- Determinar la manera en que podría reivindicarse la capacidad competitiva de la empresa pública a fin de operar eficientemente en la economía social de mercado sin menoscabo de la empresa privada.

b. Objetivos específicos

- Analizar la evolución histórica de las empresas públicas para identificar, a partir de sus ventajas y desventajas, las reformas que serían necesarias aplicarles a fin que su participación no perjudique el orden instaurado en una Economía Social de Mercado.
- Determinar el método adecuado para implementar apropiadamente a las empresas públicas las reformas que resultan necesarias aplicárseles para así obtener de ellas la mayor eficiencia operativa.
- Establecer una interpretación conjunta del artículo 60° de la Constitución Política del Perú y del Decreto Legislativo N° 1044 a fin de demostrar que la empresa pública puede ser igual de competitiva que la empresa privada.

Por estas razones, la presente investigación está estructurada en tres capítulos. En el primer capítulo se describe la evolución histórica de las empresas públicas,

el ordenamiento jurídico constitucional sobre el cual se regían y el actual ordenamiento jurídico constitucional que las rige, así como la estructura del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, la evolución normativa del sector eléctrico y las actividades que conforman el referido sector.

En el segundo capítulo se describen la situación económica nacional y la importancia de las empresas públicas en Finlandia, Noruega y Chile; asimismo, se estudia el principio de subsidiariedad y se aplica a EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, a fin de determinar si su participación en el mercado eléctrico es subsidiaria.

En el tercer capítulo se analizan los alcances y desafíos de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, a fin de determinar las reformas que es preciso implementar para reivindicar la capacidad competitiva y eficiencia de cada una de ellas, y se expone nuestra propuesta de solución: la constitución de un holding estatal distinto a FONAFE y la creación de un FSI.

Finalmente, se expondrán las conclusiones de nuestro del trabajo de investigación, las cuales son concordantes con los objetivos establecidos. Además, se indican las referencias bibliográficas que sirvieron de soporte científico y teórico a la investigación.

CAPÍTULO I

LA INTERACCIÓN DEL ESTADO EN MATERIA ECONÓMICA

1.1. El Estado de bienestar y las Empresas Públicas

El Estado de bienestar es mejor conocido como el Estado social, caracterizado por ser de un régimen socialista, de economía social. Su surgimiento se debe a la inviabilidad del régimen económico liberal, el cual lideraba en ese entonces. El régimen liberal estaba atravesando una crisis como consecuencia de los malos resultados que su gestión había ocasionado.

Esta situación es explicada por MOLAS de la siguiente manera: “la crisis del Estado liberal clásico en la Europa de la primera mitad del siglo XX se puso de manifiesto a lo largo de un amplio período de turbulencias políticas y comportó el triunfo en muchos países de regímenes comunistas, corporativistas o fascistas, que pretendían reorganizar la Sociedad para realizar sus objetivos sociales y económicos. Estos regímenes de vocación totalitaria se definieron como socialistas o como sociales y, aunque sus objetivos eran dispares, coincidían en que el Estado debía controlar la sociedad y la economía existentes”¹.

Así, en la segunda mitad del siglo XX se consolidó la existencia de un inmenso aparato administrativo, situado bajo la dirección del Gobierno, el cual interviene activamente en el sector económico mediante prestaciones sociales, a fin de ofrecer servicios públicos o responder a las demandas procedentes de sectores en situaciones de inferioridad. Todo ello generó un enorme crecimiento de la Administración Pública, en unas proporciones desconocidas hasta la fecha, lo cual, al depender directamente del Gobierno, ha generado un desequilibrio en el

¹ MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 60.

funcionamiento y en el peso de las instituciones creadas al amparo de la tradicional división de poderes².

Concluyendo MOLAS que “los aspectos más relevantes del principio social son: 1) la consideración de que la Constitución no es solo política, sino que comporta decisiones constituyentes de carácter económico y social; 2) la organización de derechos económicos, sociales y culturales, sea a través de la Constitución, sea a través de derechos de configuración legal; entre éstos destaca, en especial, la garantía de los derechos de tipo laboral, en especial los relativos a los trabajadores y sus sindicatos; 3) la introducción del principio de igualdad material como complemento y corrección del principio de igualdad formal, en especial como vía para eliminar desigualdades y discriminaciones de los sectores más débiles”³.

1.1.1. Las empresas públicas en Perú

Las empresas públicas a lo largo de la historia han estado sujetas a un sistema que les exige el estricto cumplimiento de múltiples disposiciones normativas, las cuales, de una u otra forma, les impiden tener una mayor libertad de acción en el mercado. Por ello, el 23 de Junio del 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1031–Decreto Legislativo que Promueve la Eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado-, pues, “el objetivo general de la norma bajo comentario es claramente la unificación y simplificación de la normativa antes existente sobre la actividad empresarial del Estado, así como su adecuación a los lineamientos constitucionales y al contexto de la situación económica actual”⁴.

De esta manera, según el artículo 4° del mencionado Decreto Legislativo N° 1031, las empresas públicas son de tres clases:

“4.1 Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

² Idem, p. 61.

³ Idem, 62.

⁴ HUAPAYA NAVA, Mario; TERRAZOS POVES, Juana. “La actividad empresarial del Estado. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado”, *Jus. Doctrina y Práctica*. N° 8, Agosto 2008, p. 471.

4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación. El accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye Actividad Empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas.”

Por otro lado, en la doctrina internacional, DROMI clasifica a las empresas públicas de la siguiente manera⁵:

- ❖ Empresas del Estado.- Son entidades descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial, organizadas bajo un régimen jurídico mixto, semiadministrativo, y regidas alternativamente por el Derecho público o por el Derecho privado, según la naturaleza de sus actos.
- ❖ Sociedades del Estado.- Entes estatales descentralizados que realizan actividades de tipo comercial o industrial, organizados bajo un régimen jurídico predominantemente privado.
- ❖ Empresas mixtas.- Son aquellas que, con cualquier forma jurídica, tienen participación patrimonial estatal y no estatal, sea ésta pública o privada. Los aportes son mixtos, concurrentes, en proporción mayoritaria o minoritaria, del Estado y de los entes no estatales.
- ❖ Consorcios públicos.- Son entes públicos no estatales, asociativos, de gestión local o regional, que cumplen actividades de realización y/o prestación de obras y servicios.
- ❖ Cooperativas públicas.- Es una especie del género sociedad cooperativa, que tiene concedidas potestades o facultades de poder público. Se trata, pues, de un ente empresario público prestacional, sometido a un régimen especial de

⁵ Cfr. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, 10° Ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, p. 739-764.

Derecho público, cuya principal finalidad es una prestación pública, es decir, la gestión de los llamados servicios públicos.

a) El gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas

Esta etapa de gobierno fue llamada así debido a que después de 1968 siguieron una serie de gobiernos militares, dictatoriales; estos impusieron varias reformas, las cuales hicieron insostenible la crítica situación económica que en ese momento atravesaba el Perú.

Fue exactamente con el gobierno de Velasco Alvarado donde lograron su apogeo las Empresas Públicas. En este gobierno se emitió un conjunto de normas mediante las cuales se pretendió reformar el sistema económico y, por ende, la participación del Estado. Como ya se había dicho, el régimen económico del liberalismo había fracasado para nosotros, no había producido los efectos esperados, y, por ello, el general Velasco Alvarado decidió apostar por un régimen distinto al capitalismo. Velasco tenía como objetivo lograr instaurar un sistema socialista; sin embargo, como el mismo general reconoce en su testamento político, la decisión de iniciar el camino al socialismo debió haberse apoyado en planes y programas bien estructurados de los cuales aparentemente se carecía, por lo menos en la etapa inicial; por ello él hablaba de “acción revolucionaria sin teoría revolucionaria”⁶.

Velasco, al apostar por la gestión del Estado en los servicios públicos y en actividades que posteriormente serían calificadas como “sectores estratégicos”, dio realce a la Ley N° 13270 – Ley de Promoción Industrial de 1959-, pues en su gobierno fue promulgado el Decreto Ley N° 18350 – Ley General de Industrias-, la cual consolidó un monopolio público. En el gobierno de Velasco se nacionalizaron muchas de las empresas privadas, y, por ello, el gobierno central se encargó de financiar a todas y a cada una de las empresas públicas. Como resultado de esta medida, entre los años 1972 y 1980 el nivel de inversión

⁶ Cfr. BARDELLA, Gianfranco. *Un siglo en la vida económica del Perú 1889-1989*, Lima, BCP, 1989, p. 462.

promedio se mantuvo en 18.5% respecto del PBI, y creció en los años 1979 y 1980 a 21.7% y 28.8%, respectivamente⁷.

Velasco adoptó las medidas acotadas porque en la década de 1970 primó el criterio de que la mejor manera de promover el crecimiento económico, y que toda la población participe del mismo, era motivando una mayor intervención del Estado en el sector empresarial, pues de esta manera el Estado asignaría los recursos públicos bajo los criterios de una planificación centralizada.

No obstante, esta época de bonanza de las empresas públicas se vio opacada cuando ocurrió la Reforma Agraria; ésta consistió en la promulgación de un conglomerado de normas que, muy acorde con la política de una economía social, buscaban asegurar un mayor bienestar para los ciudadanos sin depender de la inversión extranjera. El gobierno de Velasco utilizó la reforma agraria para eliminar las haciendas tradicionales, nacionalizando a la industria petrolera y la mayor parte de las minas más importantes⁸. Sin embargo, dicha medida, como posteriormente se verá, no resultó ser beneficiosa; por el contrario, fue excesivamente perjudicial para el Estado.

Al gobierno de Velasco le siguió el del general Morales Bermúdez, el cual, lejos de seguir la política de gobierno de su predecesor, apostó por la inversión privada. Morales Bermúdez intentó liberalizar algunos sectores; no obtuvo mucho éxito, pero el esfuerzo le ha valido un merecido reconocimiento de precursor, pues sería Belaunde quien implementaría medidas drásticas para retornar a un régimen económico liberal, debido a que “se eliminaron las restricciones cuantitativas a las importaciones, se redujeron substancialmente los aranceles, aunque no de la manera en que lo haría el gobierno de Fujimori diez años más tarde”⁹. Pero, a pesar de estas medidas, el gobierno de Belaunde no pudo superar las circunstancias críticas que durante su régimen el país atravesó, producto de una serie de eventos desafortunados, tal como un terremoto devastador, el aumento de la violencia revolucionaria, o el ataque excepcionalmente severo del fenómeno El Niño; y como resultado de estas

⁷ Cfr. KISIC, Drago. “Privatizaciones, inversiones y sostenibilidad de la economía peruana” en *El Perú de Fujimori*, Lima, UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO, 2000, p. 78.

⁸ Cfr. SHEAHAN, John. *La economía peruana desde 1950, buscando una sociedad mejor*, Lima, IEP, 2001, pp. 179-185.

⁹ Idem, pp. 185-187.

contingencias la economía se estancó mientras la inflación iba creciendo continuamente.

b) La Constitución de 1979

La Constitución del 1979 significó un retorno a la democracia, a la estabilización del país en todos sus aspectos: económicos, jurídicos, sociales, etc.; sin embargo, ello no fue óbice para el crecimiento de las empresas públicas, pues esta Constitución “tenía una estructura de planificación que tomaba una amplia gama de decisiones sobre inversión y asignación de recursos, tanto públicos como privados. Las empresas públicas adquirirían un papel trascendental en la dinamización del aparato productivo y en la producción y distribución de las mismas”¹⁰.

Este avance en la conquista de los diversos mercados de nuestro país se debió a las múltiples disposiciones contenidas en la Constitución de 1979, pues aun cuando la misma establecía en su artículo 133°: “están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil”, dicha prohibición estaba referida exclusivamente a los monopolios privados, es decir, le era ajena a los monopolios públicos. Una interpretación conjunta de los artículos 113° y 114° de la Constitución de 1979 nos permite observar que ésta continuaba protegiendo la intervención del Estado en el sector económico, es decir, la Constitución de 1979 consolidaba la participación del Estado como un agente económico más.

El artículo 113° de la Constitución de 1979 le reconocía al Estado la calidad de empresario de la siguiente manera: “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”. Por su parte, el artículo 114° posibilitaba la reserva en favor del Estado de determinadas actividades, en tanto prescribía que “por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios (...)”.

Sin duda alguna, todo ello permitió la existencia de monopolios públicos, los cuales no son sino “aquellos donde el Estado participa directamente como el

¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo III, Lima, PUCP, 1999, p. 196.

único proveedor, siendo la empresa pública el medio más utilizado durante el siglo XX para canalizar su actividad empresarial”¹¹.

A esto es necesario adicionarle lo expresado en el artículo 137° de la citada Constitución: “el Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración”; es decir, la Constitución de 1979 permitió la inversión extranjera, pero aquella estuvo sujeta a un control riguroso. Por lo cual, en tanto existía el referido control, daba lo mismo no contar con la inversión extranjera.

Por otro lado, para completar el análisis de la Constitución de 1979 es necesario mencionar el contexto económico en el que estaba inmerso el gobierno de Alan García y las medidas tomadas en su gobierno. “En 1985 el gobierno de Alan García aplicó un programa "heterodoxo" sobre la base de una economía que aunque estaba estancada y con una inflación anual de 200 por ciento, mostraba un equilibrio fiscal y en la balanza de pagos así como una situación relativamente ordenada en los precios públicos, el tipo de cambio y las tasas de interés. En ese contexto, se planteó aumentar notoriamente la demanda interna, y reducir la inercia inflacionaria en la fijación de precios, las presiones de costos de las empresas y el servicio de la deuda externa. Ello llevó a un notorio aumento de la intervención del Estado vía la expansión del crédito interno y el gasto público, el establecimiento de un sistema generalizado de controles de los principales precios de la economía, y subsidios cambiarios, financieros y de precios y tarifas públicas, lo cual ocurrió con una sensible disminución de la recaudación tributaria”¹².

Además, durante el gobierno de García se nacionalizaron varias empresas, llegando a existir más de 186 empresas públicas de las cuales ahora solo existen 70, entre las que sobresalen: Banco Agropecuario - AGROBANCO, Banco de la Nación – BANNAC, Banco de Materiales S.A.C. – BANMAT, Compañía de

¹¹ KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. “La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993”, *Ius et Veritas*, N° 22, julio 2001, p. 281.

¹² RODRICH, Álvarez. “Del Estado empresario al Estado regulador” en *Perú 1964-1994. Economía, sociedad y política*, Lima, IEP, 2005, p. 76.

Negociaciones Mobiliarias e Inmobiliarias S.A. – CONEMINSA, Corporación Financiera de Desarrollo S.A. – COFIDE, Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. – CORPAC, Empresa Activos Mineros S.A.C., Empresa Concesionaria de Electricidad de Ucayali S.A. - ELECTRO UCAYALI S.A., Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. – ADINELSA, Empresa de Generación de Energía Eléctrica del Centro S.A. – EGECEN, Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. – EGASA, Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. – EGESUR, Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA, Fondo Mivivienda – MIVIVIENDA, Inmobiliaria Milenia S.A. – INMISA, Perupetro S.A. – PERUPETRO, Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, Servicios Postales del Perú S.A. - SER-POST S.A., Servicios Industriales de la Marina Iquitos S.R.L. - SIMA IQUITOS S.R.L., Electricidad del Perú – ELECTROPERU S.A, etc.¹³.

Cabe decir que la nacionalización no es lo mismo que hacer uso de las reservas. Mientras la nacionalización es una operación en virtud de la cual la propiedad de unos bienes o empresas se transfiere a la colectividad con el fin de sustraerla a la dirección capitalista, y responde a motivaciones ideológicas y políticas; las reservas permiten sustraer de la actividad privada el ejercicio de la misma por razones de interés público o general. Por lo tanto, la acción de nacionalizar significa que el Estado se va atribuir la titularidad de la actividad o servicio, pero la gestión de la misma puede ser delegada a otro sujeto, un particular, por ejemplo; por su parte, la acción de reserva implica que el Estado se atribuye el servicio o actividad en su totalidad, es decir, posee de manera exclusiva la titularidad y gestión del mismo¹⁴.

1.2. Crisis de las Empresas Públicas

Como se habrá observado, en el transcurso de los gobiernos anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 la crisis financiera atravesada por el país se fue agudizando paulatinamente debido a la ineficiencia de gran parte de

¹³ Cfr. CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. “Conjeturas sobre algunos aspectos generales del funcionamiento y la regulación de las empresas públicas peruanas: a propósito del Decreto Legislativo N° 1031”, *Gestión Pública y Desarrollo*, N° 13, Agosto 2008, p. 14.

¹⁴ Cfr. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, Lima, ARA, 2004, p. 350; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y mercado*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1998, p. 116.

las empresas públicas. Ejemplo de esto constituyen los años 1988, 1989 y 1990, donde el PBI decreció en 8.8%, 1.7% y 3.7%, respectivamente, mientras la inflación acumulada alcanzó, en cada uno de esos años, niveles de 1,722.3%, 2,775.3% y 7,649.7%¹⁵, y, aunado a ello, dentro de las empresas públicas se registraban elevados índices de corrupción.

De esta forma, básicamente, como diría KISIC, es posible distinguir dos períodos con características diferentes: el primero donde se registra una reducción del sector privado como resultado de la expansión del sector público; y el segundo donde, como consecuencia del progresivo recrudecimiento de la crisis fiscal, se genera un relativo incremento de la participación del sector privado, pero en un marco de estancamiento general¹⁶.

Ante estas contingencias se adoptan tres medidas: 1) redefinir el rol del Estado mediante la eliminación de los monopolios estatales y el anuncio del proceso de privatización; 2) la apertura comercial implementada con la finalidad de fomentar la competencia entre las empresas nacionales y las empresas extranjeras; y, 3) la reforma financiera ejecutada con el objetivo de modernizar el funcionamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de valores.

De esta manera, se afianza la idea de que el Estado es un mal gestor, debido al mal desempeño de los funcionarios que laboraban para una entidad pública, el cual, se afirmaba, era porque la Administración Pública no tiene ese espíritu de lucro, pues, aun cuando quiebre la empresa ella no se verá afectada económicamente dado que siempre existirá el Erario Público para respaldar la mala gestión de los funcionarios públicos. Por ello HALM afirma que “los empresarios públicos no saben siempre aplicar el tipo de razonamiento adecuado para el sector de mercado de la economía (...), lo que es correcto y necesario en el sector público no tiene por qué serlo en el sector privado”¹⁷.

En este contexto se decidió instaurar un nuevo régimen económico en nuestro país, este es, la Economía Social de Mercado, la cual conlleva a la necesaria privatización de las empresas públicas a fin de evitar lo que anteriormente había ocurrido: la monopolización de los servicios y otras actividades por parte del Estado. Además, se efectuaron diversas reformas con tal de garantizar la libre

¹⁵ Cfr. BARDELLA, Gianfranco. *Ob. cit.*, pp. 473 – 493.

¹⁶ Cfr. KISIC, Drago. *Ob. cit.*, pp. 79-80.

¹⁷ HALM, George. *Sistemas económicos*, Madrid, Rialp, 1964, p. 386.

competencia en el mercado, la libre iniciativa privada y, por ende, la participación subsidiaria del Estado en materia económica, es decir, se restringió la participación del Estado a un Estado regulador.

1.2.1. La Economía Social de Mercado

Sobre la Economía Social de Mercado mucha tinta ha corrido y, sin embargo, hay quienes hacen un símil entre la Economía Social de Mercado y el neo liberalismo. Dicha confusión se debe a que ambas comparten las mismas políticas de actuación, a saber: Disciplina fiscal; reordenamiento de las prioridades del gasto público; reforma tributaria; liberalización de las tasas de interés, tipo de cambio competitivo; liberalización del comercio y apertura del mercado externo; liberalización de las investigaciones extranjeras; privatizaciones; desregulaciones; derechos de propiedad¹⁸.

La Economía Social de Mercado es un régimen intermedio, dado que se encuentra entre el liberalismo y el socialismo, pues no es un régimen económico extremadamente liberal ni radicalmente socialista. En este régimen convergen tanto el liberalismo como el socialismo de manera pacífica y se caracteriza por siempre procurar el bienestar de los ciudadanos sin pecar de ser enteramente asistencialista, es decir, en este régimen el Estado no tiene como función crear riqueza, sino facilitar a los ciudadanos la generación de la misma y una participación más equitativa de ella¹⁹.

Además, tiene como característica principal la no intervención del Estado en el sector económico, es decir, la participación del Estado debe ser mínima en el mercado, al menos la intervención directa. Esta medida no niega la importancia del Estado en el mercado ni la necesaria participación del Estado en el mismo, pues su participación es importante en cuanto coadyuva a solucionar las fallas que en el mercado puedan surgir, y por ello se le permite una intervención indirecta. De permitírsele al Estado una intervención directa en el mercado, se generarían distorsiones en el mismo, como, por ejemplo, competencia desleal, inidónea distribución de los recursos, fijación de los precios, etc.

¹⁸ Cfr. CASILDA BÉJAR, Ramón. "América Latina y el Consenso de Washington", *Boletín económico de ICE*, N° 2803, Agosto 2004, pp. 20-24.

¹⁹ Cfr. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 799.

Por estas razones, uno de los principios rectores de la Economía Social de Mercado es el principio de subsidiariedad del Estado, el cual, aunque será tratado líneas más adelante, es descrito por GUZMÁN de la siguiente manera: “es la prohibición de intervención en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden; siendo que se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí”²⁰.

En virtud de ello, la doctrina coincide en que la Economía Social de Mercado se ha configurado a través de cinco pilares: Fomento de la Iniciativa privada, protección de la propiedad, defensa de la Competencia, implementación de sistemas de responsabilidad individual y reconocimiento de libertades económicas²¹.

Lo cual le permite a GALLEGOS afirmar que el Estado, al adoptar una Economía Social de Mercado, tiene como objetivo “compatibilizar el interés privado con el interés social; que tenga a la justicia como valor rector, en equilibrio dinámico con la libertad, fundamentando en ambos la construcción de una sociedad con mayores niveles de equidad. El mercado [...] es el más eficiente asignador de recursos, pero para que ello sea así debe funcionar de tal forma que permita, la concurrencia libre y competitiva de los agentes económicos. Ello implica organizar el mercado y la competencia, pues no son leyes naturales las que gobiernan o determinan su operatividad. Solo así los beneficios alcanzarán a la mayoría y podrá limitar los factores de poder económico local y Mundial”²².

²⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Introducción al Derecho Público Económico*, Lima, Caballero Bustamante, 2009, p. 71.

²¹ Cfr. RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 9-12; MONTOYA CHAVEZ, Víctor. “La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico” en *Constitución económica del Perú. Foro económico Asia-Perú*, coordinado por Cesar Landa Arroyo, Lima, Grijley, 2008, pp. 71-113; RESICO, Marcelo. *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 113-124.

²² GALLEGOS MOLINA, Luis. *Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y Responsabilidad Social Empresarial*, Lima, Impresiones de Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2008, pp. 12-13.

1.2.2. La Constitución de 1993

Jurídicamente hablando es muy cuestionable la Constitución de 1993, debido a las circunstancias en que fue elaborada y posteriormente promulgada, dada la inexistencia de un fundamento ampliamente válido que justifique derogar la Constitución de 1979 por la Constitución de 1993. En la nueva Constitución, a diferencia de su predecesora, se constituye de manera más coherente a la Economía Social de Mercado. Como se había dicho, la Constitución de 1979 profesaba una Economía Social de Mercado, pero en realidad, a partir de una interpretación integral de la misma se puede observar que esto no era tan cierto, pues aún imperaba el poder del Estado, el intervencionismo estatal.

La actual Constitución es mucho más rigurosa en el cumplimiento de sus fines, concibe los principios de la Economía Social de Mercado como un todo armónico, de tal manera que el cumplimiento de un principio no contradiga a otro ni mucho menos el fin último del Estado: la tutela de la persona humana y el respeto de su dignidad. De este modo, en el artículo 58° se establece que la iniciativa empresarial es libre y por lo tanto todo ciudadano puede desarrollar la actividad comercial que desee, lo cual es coherente con lo estipulado en el artículo 61°, donde se le atribuye al Estado la función de facilitar y vigilar la libre competencia empresarial.

A pesar de ello, “una de las características de la Constitución del 93 es (...) no caer en un liberalismo extremo, sino que con criterio social se dirige a proteger a quienes tienen desigualdades como por ejemplo, promoviendo a la pequeña empresa o dando apoyo preferente al sector agrario. Por ello puede ser calificada como propia de un liberalismo social”²³. Lo acotado se evidencia cuando la Constitución de 1993 admite la intervención del Estado en la actividad empresarial solo de manera subsidiaria, conforme a lo estipulado en el artículo 60°. A partir de ello, el Estado ya no es concebido como un agente económico más, pues de acuerdo a la nueva regulación se va limitar a tener una función reguladora, y solo cuando existan fallas en el mercado el Estado podrá intervenir en el mismo. Cabe decir que esto también significa que en los casos de prestación de servicio público, el Estado solamente cuando un privado no puede o no está interesado en

²³ TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú*, Lima, Asesorandina, 1994, p. 35.

dicho sector de la economía, podrá intervenir para desarrollar la misma. Esta medida es adoptada con la finalidad de dinamizar el mercado y no cometer los errores del pasado, es decir, mediante la subsidiariedad se evita la creación de monopolios, ya sean privados o públicos; pero, para dinamizar el mercado, también hace falta competencia e iniciativa privada, por ello el mercado también se rige por dos principios, el de libre competencia y el de libre iniciativa privada.

A) Los Principios rectores de la Economía Social de Mercado

Recopilados en nuestra Carta Magna, existe una gran diversidad de principios, y algunos autores incluso se atreven a clasificarlos en generales y operacionales²⁴; no obstante, para fines del presente trabajo se ha creído conveniente solo tratar los siguientes principios:

El Principio de Solidaridad

Este principio es una de las bases fundamentales de la Economía Social de Mercado, en tanto le permite al Estado lograr una distribución equitativa de la economía. Por ello el Tribunal Constitucional ha manifestado: “la economía social de mercado está caracterizada, fundamentalmente, por tres elementos: a) ‘Bienestar social’, lo cual debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso (remunerativo y pensionable); b) ‘Mercado libre’, el mismo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y los monopolios; c) ‘Estado subsidiario y solidario’, que importa que se reconozca la existencia de una ‘cláusula general de mandato’ que obliga a la intervención del Estado cuando la realidad socioeconómica se haya desvinculado, o peor aún, contravenga directamente el bienestar social”²⁵.

²⁴ RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Ob. cit.*, pp. 15.

²⁵ Sentencia del expediente N° 0050-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 44. Consulta: 30 de julio de 2019. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Por lo tanto, este principio está alejado del concepto de caridad; por el contrario, hace alusión al aporte que, en sus diferentes dimensiones, realizan los distintos actores para el desarrollo social²⁶.

En este sentido, el principio de solidaridad se consolida como un derecho de todo ciudadano a ser auxiliado cuando más lo necesite, pero, a la vez, es un deber que cada ciudadano debe procurar cumplir, principalmente el Estado a fin de evitar vulneraciones al bienestar social.

PIZZORUSSO al pronunciarse sobre este principio manifiesta: “el principio de solidaridad se consolida en tres reglas fundamentales: el deber que todo ciudadano tiene de instruirse a fin de desarrollar la propia personalidad en su provecho y en el de toda la sociedad; el deber, en segundo lugar, de desarrollar, de acuerdo con las posibilidades y preferencias propias, una actividad o función que redunde en el progreso material o espiritual de la sociedad; y en tercer lugar, la exigencia de ser fieles a la República, observando la Constitución y las leyes”²⁷.

El Principio de Subsidiariedad

En virtud de este principio, como afirma CEDILLO, “el Estado aparece como garante del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero solo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales no están en condiciones de hacerlo (...). Es el límite y grado de intervención del Estado en la vida económica del país y hacia la libertad de los ciudadanos para hacer empresa, defendiendo los principios de libertad en los contratos y libertad de contratar, señalando que esto es de aplicación a toda actuación estatal en todos los distintos ciclos del desarrollo productivo, siendo excluidas de este las referentes al *ius imperium* del Estado y la prestación de servicios asistenciales”²⁸.

De esa forma, el principio de subsidiariedad no es sinónimo de desregulación de la economía o privatización del Estado a fin de que todo el suministro de bienes y

²⁶ Cfr. OLIVOS CELIS, Milagros. “Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana”, *IUS*, N° 2, Diciembre 2011, p. 8.

²⁷ PIZZORUSSO, Alesandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 218.

²⁸ CEDILLO DEL ÁGUILA, Fabiola. “Naturaleza y formalización de las empresas de propiedad del Estado”, *Revista Jurídica del Perú*, N° 130, Diciembre 2011, p. 125.

servicios se rija por una lógica de mercado; la aplicación del principio de subsidiariedad está orientada a limitar la participación del Estado en el mercado, es decir, va a establecer en qué sector y hasta dónde, cuándo, por qué y con qué fin debe permitirse la participación del Estado.

El Principio de Libertad de Competencia

“El concepto de libre competencia al que apunta la Constitución Política del Perú se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica. Como tal supone dos aspectos esenciales: a) La libertad de acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos; b) La libertad de iniciativa o actuación dentro del mercado”²⁹. De esta manera, al implementarse la libre competencia se asegura un mejor abastecimiento de los bienes y servicios demandados por la población. Al existir una mayor oferta de bienes y servicios por parte de diversas empresas suministradoras, los ciudadanos tendrán más opciones para elegir a un proveedor, y elegirán a aquel cuyas condiciones de suministro les resulten más beneficiosas.

Pero para lograr este nivel de libre competencia es preciso permitir la iniciativa privada, ésta “implica que toda persona natural o jurídica, tiene el derecho de iniciar y posteriormente desarrollar, con autonomía plena, la actividad que prefiera dentro de los límites que establece la ley”³⁰.

Precios definidos por el mercado

Es “la libre interacción de la oferta y la demanda, aquella “mano invisible” definida por Adam Smith, es la herramienta por la cual se fijan los precios en la economía”³¹. Sin embargo, no es posible dejar todo en manos del mercado, pues siempre existen fallas, existen externalidades, donde se comprueba una vez más cuán importante es la participación del Estado en el mercado, no como un agente

²⁹ Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 16. Consulta: 30 de julio de 2019. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>.

³⁰ RODRÍGUEZ CAIRO, Vladimir. “Principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú”, *Quipukamayoc*, N° 45, Agosto 2016, p. 121.

³¹ RIVADENEIRA FRISCH, Juan. Ob. cit., pp. 11.

privado más, es decir, sin revestir la calidad de *ius imperium*, sino como agente regulador del mercado.

1.2.3. Privatización de las Empresas Públicas

Aunque muchos de los doctrinarios, defensores de la gestión realizada por el Estado y, por ende, por la empresa pública, no quieran aceptarlo, es un hecho incuestionable y una decisión totalmente necesaria la privatización de las empresas públicas. Sin duda alguna, la privatización fue la medida previa más importante que el Estado adoptó para revertir la grave crisis económica en la que se encontraba sumergido el país; las empresas públicas estuvieron operando por varias décadas a pesar del adverso entorno económico, inmutables ante la realidad tan cierta, pero si continuaban operando de esa manera la crisis económica llegaría a ser insostenible por lo cual la privatización y la participación del agente privado en el mercado era una medida de necesaria adopción.

Como diría WILLIAMSOM, “la privatización es positiva porque aumenta el nivel general de eficiencia. Este es un argumento microeconómico que parte del principio de que los empresarios tomadores de riesgo están directamente al mando de la empresa (...). Otro argumento es que las empresas públicas son utilizadas políticamente y por eso generan pérdidas”³².

Es justo decir que la privatización fue una medida drástica, pero, a la vez, fue muy necesaria su implementación, pues, al igual que ocurría en otros países de Latinoamérica, era la única solución viable. Este actuar obedece, al igual que en los demás países de Latinoamérica, a cuatro razones: la crisis del Estado de bienestar era inevitable; los servicios se encontraban carentes de inversiones y con una absoluta incapacidad por parte del Estado para hacerse cargo de los mismos; la cuestión se agravó seriamente con los dos altos picos de “hiperinflación” que se registraron en la década de 1980; la necesidad de reducir el monto de la deuda externa³³.

Prueba de la insostenibilidad de la situación económica y de la necesidad de privatizar a las empresas públicas, a fin de conseguir una estabilización de la

³² UGARTECHE, Óscar. *Adiós Estado, Bienvenido Mercado*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, 2004, p. 34.

³³ Cfr. DALLA VIA, Alberto. *Derecho Constitucional económico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 716-718.

economía y el bienestar general para todos los ciudadanos, es lo manifestado por Boloña: “Había 1.9 teléfonos por cada 100 habitantes, la instalación de una línea demoraba cinco años y el valor de una línea en el mercado negro costaba 2 500 dólares. Hoy día, gracias a la privatización, hay 10 líneas por cada 100 habitantes, el tiempo de instalación se ha reducido a 16 días y su costo a 130 dólares”³⁴.

Hoy son incuestionables los beneficios obtenidos por este arduo proceso de privatización; sin embargo, es necesario reconocer que así como las empresas públicas tienen falencias, las cuales aún pueden ser enmendadas, existen, a pesar del mucho o poco esfuerzo realizado por la inversión privada, circunstancias contingentes incontrolables, eventos, quizá desafortunados para algunos, pero son perfectas oportunidades para dar demostrar que la empresa pública no es mala *per se*; por el contrario, al igual que los agentes privados, pueden competir lealmente y brindar un servicio idóneo. Pero estos son temas que serán tratados en posteriores líneas. Por el momento, cabe reconocer la odisea atravesada por la empresa pública y las falencias que tiene, las cuales deberán ser subsanadas para demostrar que en una Economía Social de Mercado la empresa pública puede ser tan eficiente y competitiva como la empresa privada.

1.3. Estructura del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)

Una muestra nítida de lo explicado en líneas anteriores es el sector eléctrico que se ha configurado en nuestro Estado. Actualmente, es inimaginable un idóneo funcionamiento del sector eléctrico sin la debida libre competencia entre las empresas que brindan el servicio de electricidad. Sin libre competencia se enquistarían inevitables distorsiones en el mercado, causantes de un ineficiente servicio, incremento de la tarifa, disminución de la demanda, disminución del PBI, aumento de la pobreza; en pocas palabras, caos total.

De esta manera, a fin de mejorar el servicio de electricidad, fue preciso reestructurar el sector eléctrico en continuas oportunidades, tanto a nivel funcional como orgánico. Así, a lo largo de los años se promulgaron múltiples normas que tuvieron como colofón la creación del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), conformado por tres actividades: generación, transmisión y distribución;

³⁴ BOLOÑA BEHR, Carlos. *De Toledo a...??? Del caos al desastre*, Lima, IELM, 2003, p. 91.

producto de lo cual el mercado eléctrico ha quedado dividido en tres mercados: un mercado regulado, un mercado libre y un mercado *spot*.

En el primer mercado, los destinatarios del servicio son los consumidores finales denominados usuarios finales, cuya demanda máxima anual de energía eléctrica es igual o menor a 200 KW, y por ello aquí la tarifa del servicio es regulada, es establecida por OSINERGMIN.

En el mercado libre, los destinatarios del servicio son todas aquellas empresas cuya demanda máxima anual de energía eléctrica es superior a 0.2 MW, son denominados usuarios libres debido a que la tarifa no está regulada por OSINERGMIN, se establece de acuerdo a la oferta y demanda.

Y en el mercado *spot* las empresas de generación de electricidad suministran energía eléctrica a otras empresas de generación, y la tarifa será establecida en función a los costos de producción de cada empresa de generación, de acuerdo a normativa del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES.

Cabe indicar que en cada uno de estos mercados compiten, conforme a los cánones legales, tanto empresas públicas como privadas, lo cual ha permitido mejorar la calidad del servicio brindado y, por ende, la economía del país; no obstante, no está exento de puntuales deficiencias que serán explicadas en los siguientes capítulos.

1.3.1. Intervención del Estado en la evolución normativa del sector eléctrico

La industria eléctrica en el Perú se originó en el año 1886, con la inauguración del alumbrado público en la Plaza de Armas. El referido proyecto fue desarrollado por la empresa *Peruvian Electrical Construction and Supply Company*, en virtud de un contrato suscrito entre el Estado y aquella empresa³⁵. Así, los siguientes años se caracterizaron por promover la participación de empresas privadas en el sector de electricidad; no obstante, aquellas se desempeñaban en un ambiente de inseguridad jurídica al no contarse con un marco normativo que regule el sector eléctrico. De esta manera, en el año 1955 se promulgó la Ley N° 12378 – Ley de la Industria Eléctrica.

³⁵ Cfr. LANEGRA QUISPE, Iván (coordinador). *La electrificación rural en el Perú. Derechos y desarrollo para todos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2010, p.14

La Ley de la Industria Eléctrica continuó promoviendo la participación de las empresas privadas en el sector de electricidad, pues en su artículo 7º se estableció que la mencionada ley tiene por objeto establecer normas: “(...) III.- Que estimulen la inversión del capital privado en la industria eléctrica, garantizando su recuperación y un adecuado interés a que se invierta en obras e instalaciones destinadas al servicio público”.

Por otro lado, la mencionada ley permitió que las empresas desarrollen parte o todas las actividades destinadas al servicio público de electricidad³⁶, y que los concesionarios puedan comercializar electricidad fuera de la zona de su concesión, “siempre que la venta no comprometa el cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato de concesión”³⁷. Así, esta medida fue un óbice para el desarrollo de monopolios, pues permitió la existencia de múltiples comercializadores en una misma área.

A su vez, con respecto a la actividad empresarial del Estado, la Ley de la Industria Eléctrica dispuso que “el Estado, las Municipalidades, las entidades fiscalizadas y las demás personas jurídicas de Derecho Público interno, cuando proporcionen servicio público de electricidad quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley”³⁸. De esta forma, se descarta la concesión de algún privilegio a las entidades públicas por su condición de tal sobre las empresas privadas, pues la actividad de ambas se encontraba supeditada a lo prescrito en la Ley de la Industria Eléctrica.

Diecisiete años después de la promulgación de la Ley de la Industria Eléctrica, durante el gobierno del general Juan Velasco Alvarado, se promulgó el Decreto Ley N° 19521 – Decreto Ley Normativo de Electricidad, el cual dispuso una serie de medidas contradictorias a lo regulado por Ley de la Industria Eléctrica.

El Decreto Ley Normativo de Electricidad dispuso la creación de la empresa pública “Electricidad del Perú” – ELECTROPERU, mediante su artículo 20º. Y mediante el artículo 5º se reservó como servicio público las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; exceptuando esta reserva cuando estuviera destinado al uso propio, cuando

³⁶ Artículo 12º de la Ley de la Industria Eléctrica.

³⁷ Artículo 141º de la Ley de la Industria Eléctrica.

³⁸ Artículo 5º de la Ley de la Industria Eléctrica.

ELECTROPERU se encontrara imposibilitado de proporcionar el servicio eléctrico con sus propios sistemas³⁹.

Posteriormente, en 1982, se promulgaron la Ley N° 23406 – Ley General de Electricidad – y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 031-82-EM-VM, los mismos que derogaron expresamente la Ley de la Industria Eléctrica y el Decreto Ley Normativo de Electricidad.

La Ley General de Electricidad contrasta demasiado con el orden instaurado por la Ley de la Industria Eléctrica. Mientras aquella promovió la inversión privada en el sector electricidad y permitió a los concesionarios comercializar electricidad fuera de la zona de su concesión, esto es, permitió la libre competencia de las empresas en el mercado; la Ley General de Electricidad consolidó la intervención estatal en el sector eléctrico al promover el desarrollo de actividad empresarial por parte del Estado. Ejemplo de ello es que las empresas regionales de servicio público de electricidad y las empresas de interés local fueron consideradas filiales de ELECTROPERU, y se estableció que tanto ELECTROPERU como sus filiales no podrían “en ningún momento ser transferidas al control del sector privado”⁴⁰. Además, se descentralizó la prestación del servicio eléctrico al permitir la concesión del mismo por parte de ELECTROPERU y sus filiales.

Asimismo, la Ley General de Electricidad estableció en su artículo 35° que “una misma área no podrá ser asignada a más de una empresa de Servicio Público de Electricidad, salvo en casos especiales debidamente justificados, a título temporal y por plazo definido”. Limitándose así, aún más, la competencia en el mercado; todo lo cual no ocasionó sino distorsiones en el mercado que afectaron seriamente el crecimiento económico⁴¹.

Ante esta situación insostenible para el Estado, en el año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 674 – Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado – a fin de conseguir la reinserción de la inversión privada en el país. Posteriormente, en el año 1992 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI – mediante el Decreto Ley N° 25868. Así, continuando esta tendencia normativa, en

³⁹ Artículo 14° del Decreto Normativo de Electricidad.

⁴⁰ Artículo 2° de la Ley General de Electricidad.

⁴¹ Para un mejor conocimiento revisar: DAMMERT, Alfredo, GALLARDO, José y GARCÍA, Raúl. *Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano. Documento de Trabajo N° 5*, Lima, Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, 2005.

el año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo N° 693 – Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico; con esta ley “no solo se pretendió atraer nuevamente la inversión privada –nacional o extranjera- sino que se permitió que ésta realice la actividad de comercialización de electricidad destinada al servicio público, actividad antes reservada exclusivamente a las Empresas Regionales de Servicio Público de Electricidad. Asimismo, permitía que una o todas las actividades de la industria eléctrica –generación, transmisión, distribución, comercialización- fueran desarrolladas por los concesionarios (...). Además, toda venta de electricidad, sea ésta entre empresas o a usuarios finales, estaría sujeta a regulación tarifaria”⁴².

A pesar de ello, en 1992 se derogó la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico ante la promulgación del Decreto Ley N° 25844, mediante el cual se aprobó la Ley de Concesiones Eléctricas.

La literatura es unánime al considerar que la Ley de Concesiones Eléctricas sentó las bases estructurales del sector eléctrico tal como lo conocemos actualmente. Esta ley dividió el sector eléctrico en tres actividades: generación, transmisión y distribución; no existe la actividad de comercialización, pues se estableció que esta se encontraba inmersa en la actividad de distribución. Además, dividió el mercado, pues creó un mercado que respondía a un régimen de precio regulado, otro que respondía a un régimen de precio libre y otro donde la tarifa es establecida en función a los costos de producción de cada empresa de generación, de acuerdo a normativa del COES. Por otro lado, permitió a las empresas generadoras poder contratar tanto con empresas distribuidoras como con clientes libres. Y para reforzar este proceso de promoción de la inversión privada se promulgó la Ley N° 26876 – Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Esta ley va a regular las concentraciones horizontales o verticales producidas en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, “con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia”⁴³.

⁴² CALDERÓN ROJAS, Ximena Raquel. *Empresas estatales peruanas de generación eléctrica bajo la mira: Un análisis desde el principio de subsidiariedad*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lima, P.U.C.P., 2017, pp. 74-75.

⁴³ Art. 1º de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Posteriormente, en el año 2006 se promulgó la Ley N° 28832 – Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica; cuyo objeto era “perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas con la finalidad de asegurar la suficiencia de generación eficiente que reduzca la exposición del sistema eléctrico peruano a la volatilidad de precios y a los riesgos de racionamiento prolongado por falta de energía; asegurando al consumidor final una tarifa eléctrica más competitiva; (...) adoptar las medidas necesarias para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación”⁴⁴.

De esta manera, a fin de asegurar la suficiencia de generación eficiente, la Ley establece que el generador no podrá contratar con usuarios libres y distribuidores más potencia y energía firme que las que genere y las que tenga contratadas con terceros⁴⁵; además, promueve el desarrollo de proyectos hidroeléctricos y fuentes no convencionales de energía (energía renovable)⁴⁶.

Mientras que para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación, la Ley ha incorporado en el mercado libre a los distribuidores para que compitan con los generadores en la contratación con usuarios libres y grandes usuarios libres⁴⁷; lo cual se refuerza al promoverse la realización de proyectos hidroeléctricos y fuentes no convencionales de energía (energía renovable). De esta forma, finalmente, se gestaría el marco normativo que regularía el sector eléctrico peruano, el mismo que será explicado en las siguientes líneas.

1.3.2. Actividades del sector eléctrico

En primer lugar, es necesario mencionar que como resultado de las continuas reformas anteriormente detalladas, el actual Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) está conformado por cinco integrantes:

- i. Los **clientes o usuarios**, los cuales son clasificados en libres o regulados, según su relación tarifaria.
- ii. Las **empresas eléctricas**, las cuales responden a la desintegración vertical del sector eléctrico, por lo cual aquellas son generadoras, transmisoras o distribuidoras.

⁴⁴ Art. 2° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

⁴⁵ Artículo 3° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

⁴⁶ Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica

⁴⁷ Artículo 11° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

iii. El **Operador del Sistema**, representado por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES-SINAC).

iv. El **Estado Peruano**, representado por la Dirección General de Electricidad del MINEM.

v. El **Sistema de Regulación y Supervisión**, a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y del Instituto de la Defensa de la Libre Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)⁴⁸.

Y como se había acotado el SEIN está conformado por tres actividades: generación, transmisión y distribución; las cuales expondrán a continuación:

A) Actividad de generación eléctrica

La generación eléctrica es la primera actividad en la cadena productiva de la industria eléctrica; en ésta las empresas generadoras transformarán fuentes de energía primaria⁴⁹ en energía eléctrica, o dicho más técnicamente “la generación eléctrica es el proceso de producción de electricidad o energía eléctrica, en la que se utiliza una máquina llamada alternador o generador eléctrico, la cual aprovecha la energía mecánica que se le aplica, donde un generador eléctrico o la agrupación de varios generadores forman una central eléctrica”⁵⁰.

A su vez, podemos distinguir hasta seis tipos de generación eléctrica⁵¹:

- i. La generación hidráulica: Aquí las centrales hidroeléctricas utilizarán la energía cinética y el potencial gravitatorio del agua para generar electricidad.
- ii. La generación térmica: Aquí las centrales termoeléctricas producirán la energía eléctrica mediante el uso de combustibles fósiles como el diésel, gas natural y carbón.

⁴⁸ POLANCO NORIEGA, Emmanuel Antonio. *Convenios de interconexión eléctrica para consolidar el uso de energías renovables no convencionales en la matriz energética peruana*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lambayeque, U.S.A.T., 2018, p. 18.

⁴⁹ “La energía primaria es toda aquella energía extraída de la naturaleza y que no ha sufrido algún tipo de transformación o conversión que no sea la separación o limpieza, mientras que la secundaria se obtiene a partir de la energía primaria empleando algún tipo de proceso de transformación o conversión” Cfr. TAMAYO PACHECO, Jesús; SALVADOR JÁCOME, Julio; VÁSQUEZ CORDANO, Arturo y VILCHES CEVALLOS, Carlo. *La industria eléctrica en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*, Lima, OSINERGMIN, 2016, p. 36.

⁵⁰ DAMMERT LIRA, Alfredo; MOLINELLI ARISTONDO, Fiorella y CARBAJAL NAVARRO, Max. *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano*, Lima, OSINERGMIN, 2011, p. 26.

⁵¹ Ibidem, pp. 31-40.

- iii. La generación nuclear: Aquí el principal combustible de la central generadora para producir electricidad es el combustible nuclear, como el uranio o plutonio.
- iv. La generación eólica: En estos supuestos la empresa generadora utiliza como combustible la fuerza del viento para producir electricidad.
- v. La generación geotérmica: Aquí la energía eléctrica es producida mediante el uso del calor de la tierra.
- vi. La generación solar: Aquí la electricidad puede ser producida a través de la generación fotovoltaica, la cual produce la energía eléctrica al transformar la energía solar mediante el empleo de celdas solares.

Cabe precisar que de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas se permite que tanto empresas privadas como empresas públicas desarrollen actividad de generación eléctrica; pero esta solo es desarrollada en el mercado libre donde hay competencia y el precio no está regulado, pues el artículo 44º de la Ley de Concesiones Eléctricas prescribe: “las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes”.

Por otro lado, la Ley de Concesiones Eléctricas establece que en caso de explotar recursos hidráulicos con potencia instalada mayor de 500 KW, las centrales hidroeléctricas necesitarán una concesión definitiva otorgada por el MINEM para desarrollar la actividad de generación. Mientras que en el caso de las centrales termoeléctricas, cuando exploten recursos termoeléctricos con potencia instalada mayor de 500 KW, necesitarán una autorización otorgada por el MINEM para desarrollar la actividad de generación⁵².

B) Actividad de transmisión eléctrica

La actividad de transmisión eléctrica consiste en el transporte de la energía eléctrica desde las centrales de generación a las zonas de consumo final, para lo

⁵² Cfr. Arts. 3º, 4º y 6º de la Ley de Concesiones Eléctricas.

cual se emplean líneas de transmisión, subestaciones de transformación, torres de transmisión, entre otras instalaciones.

Lo primero a acotar es que la actividad de transmisión debe su existencia a criterios económicos pues es menos oneroso trasladar la energía eléctrica que transportar las fuentes de energía primaria hacia las zonas de consumo final, dado que las fuentes de energía primaria se encuentran muy distantes de las zonas de consumo final y es muy oneroso la instalación de centrales de generación.

Actualmente, el SEIN está conformado por cuatro sistema de transmisión: el Sistema Principal de Transmisión (SPT), el Sistema Secundario de Transmisión (SST), el Sistema Garantizado de Transmisión (SGT) y el Sistema Complementario de Transmisión (SCT). Los dos primeros sistemas fueron instaurados por la Ley de Concesiones Eléctricas. Y los dos siguientes fueron creados por la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, la cual reconoció, además, la existencia y vigencia del SPT y el SST.

El SPT “es la parte del sistema de transmisión, común al conjunto de generadores de un Sistema Interconectado, que permite el intercambio de electricidad y la libre comercialización de la energía eléctrica”⁵³, y está compuesto por líneas de transmisión de muy alta y alta tensión. Mientras que el SST “es la parte del sistema de transmisión destinado a transferir electricidad hacia un distribuidor o consumidor final, desde una Barra del Sistema Principal. Son parte de este sistema, las instalaciones necesarias para entregar electricidad desde una central de generación hasta una Barra del Sistema Principal de Transmisión”⁵⁴; el SST está compuesto por líneas de transmisión de menor tensión.

Por su parte el SGT “está conformado por las instalaciones del Plan de Transmisión cuya concesión y construcción sean resultado de un proceso de licitación pública”⁵⁵. Mientras que el SCT está conformado por instalaciones “que son parte del Plan de Transmisión y cuya construcción es resultado de la iniciativa propia de uno o varios Agentes. Además, son parte del Sistema Complementario

⁵³ Anexo de la Ley de Concesiones Eléctricas.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Artículo 22° de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

de Transmisión todas aquellas instalaciones no incluidas en el Plan de Transmisión”⁵⁶.

C) Actividad de distribución eléctrica

“La actividad de distribución eléctrica tiene la función de llevar el suministro de energía eléctrica desde el sistema de transmisión hacia cada uno de los usuarios finales del servicio eléctrico. Las redes que conforman el sistema de distribución deben diseñarse de tal forma que exista un equilibrio entre la seguridad del suministro, en el sentido de tener la capacidad de seguir funcionando ante posibles fallas o desperfectos en algunas instalaciones, y la eficiencia, en el sentido de la minimización de costos”⁵⁷.

Debe acotarse que la estructura del SEIN permite a las empresas generadoras vender electricidad tanto a los usuarios libres como a las empresas distribuidoras. Así, las empresas de distribución eléctrica pueden adquirir energía eléctrica tanto de las generadoras como de las empresas transmisoras a fin venderla a usuarios regulados (consumidores finales) y/o a usuarios libres. Los primeros adquirirían la electricidad de acuerdo a una tarifa establecida por OSINERGMIN, mientras que la tarifa por la cual los usuarios libre adquirirían la electricidad se regiría por las reglas de la oferta y la demanda.

Por ello, el sistema de distribución eléctrica se encuentra conformada por dos subsistemas: el de distribución primaria y el de distribución secundaria. El primero transporta la energía eléctrica a media tensión desde el sistema de transmisión hasta el subsistema de distribución secundaria y/o conexiones para usuarios libres. El segundo transporta la energía eléctrica a baja tensión para su utilización por los usuarios finales⁵⁸.

Ha de agregarse que, de acuerdo al artículo 3º de la Ley de Concesiones Eléctricas, cuando la demanda sea superior a los 500 Kw, la empresa distribuidora necesitará una concesión otorgada por el MINEM para realizar la

⁵⁶ Artículo 27º de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica.

⁵⁷ DAMMERT LIRA, Alfredo; MOLINELLI ARISTONDO, Fiorella y CARBAJAL NAVARRO, Max. *Ob. cit.*, p. 55.

⁵⁸ DAMMERT LIRA, Alfredo; MOLINELLI ARISTONDO, Fiorella y CARBAJAL NAVARRO, Max. *Ob. cit.*, pp. 57–58.

actividad de distribución. Además, una característica principal de esta actividad es que no se desarrolla a nivel nacional, sino a nivel local, pues la Ley de Concesiones Eléctricas estipula que “la actividad de distribución de Servicio Público de Electricidad en una zona determinada, solo puede ser desarrollada por un solo titular con carácter exclusivo. La concesión de distribución no puede ser reducida sin autorización del Ministerio de Energía y Minas”⁵⁹.

Finalmente, debe indicarse que el consumo en la distribución al mercado regulado se encuentra subsidiado mediante el Fondo de Compensación Social (FOSE), el cual será expuesto en las siguientes líneas.

1.3.3. El acceso a la energía eléctrica

El acceso universal a la energía no es otra cosa más que el acceso a servicios energéticos limpios, confiables y asequibles, a fin de poder acceder a mejores condiciones de educación, salud, seguridad, comunicación y actividades productivas. Todo ello en aras de asegurar el desarrollo integral de la población y disminuir la pobreza. Por esta razón, a fin de que toda la población tenga acceso a la energía eléctrica, se emitió el Plan Nacional de Electrificación Rural (PNER) 2016-2025, el cual en concordancia con el Plan de Acceso Universal a la Energía 2013-2022, establece una política para el sector eléctrico con el fin de aumentar la tasa de electrificación rural. Además, se creó el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE) y el Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE).

A) El Fondo de Inclusión Social Energético (FISE)

En el año 2012, mediante la ley N° 29852 – Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético – se creó el Fondo de Inclusión Social Energético (FISE), “como un sistema de compensación energética, que permita brindar seguridad al sistema, así como de un esquema de compensación social y mecanismos de acceso universal a la energía”⁶⁰.

De acuerdo al artículo 5° de la Ley el FISE es destinado a:

⁵⁹ Art. 30° de la Ley de Concesiones Eléctricas.

⁶⁰ Art. 3° de la Ley que crea el Sistema de Seguridad Energética en Hidrocarburos y el Fondo de Inclusión Social Energético.

- i. La masificación del gas natural para viviendas y vehículos mediante el financiamiento parcial o total.
- ii. La ampliación de la frontera energética utilizando energías renovables, como células fotovoltaicas, paneles solares, biodigestores, entre otros, focalizándose en las poblaciones más vulnerables.
- iii. La Compensación social y promoción para el acceso a balones de gas doméstico (GLP) de los sectores vulnerables, tanto urbanos como rurales.
- iv. La compensación a las empresas de distribución de electricidad por la aplicación del mecanismo de compensación de la tarifa eléctrica residencial, conforme a la ley de la materia.

Finalmente, cabe decir que el FISE se financia con: “i) los grandes consumidores de electricidad; ii) el servicio de transporte de gas natural (gas de Camisea) y iii) la producción e importación de combustibles. Además, también puede financiar proyectos energéticos adicionales promovidos por el MEM”⁶¹.

B) El Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE)

En el año 2001, mediante la Ley N° 27510 – Ley que crea el Fondo de Compensación Social Eléctrica – se creó el Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE), a fin de lograr el acceso y permanencia del servicio eléctrico a todos los consumidores finales del servicio público de electricidad cuyo consumo mensual sea inferior a 100 KWh y esté comprendida en la opción tarifaria BT5B.

“El FOSE consiste en un esquema de subsidio cruzado. Se financia con un recargo en la facturación final de los usuarios a nivel nacional del SEIN cuyos consumos mensuales son mayores a 100 kWh. Este recargo permite financiar el FOSE sin afectar los recursos que requieren las empresas de electricidad para la prestación del servicio eléctrico ni los recursos del Tesoro Público”⁶².

De acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 28307, el FOSE tiene dos rangos de aplicación según el consumo: cuando el consumo es menor a 30 KWh/mes y cuando el consumo oscila entre 31 a 100 KWh/mes. En el primer

⁶¹ TAMAYO PACHECO, Jesús; SALVADOR JÁCOME, Julio; VÁSQUEZ CORDANO, Arturo y VILCHES CEVALLOS, Carlo. *Ob. cit.*, p. 160.

⁶² *Ibidem*, p. 158.

rango, el descuento puede ser 25, 50 ó 62.5% dependiendo del sector donde se ubique el consumidor; mientras que en el segundo, el descuento es un monto fijo que se mide en KWh y se valoriza a la tarifa vigente. Cabe decir que OSINERGMIN es la entidad que administra el FOSE.

CAPÍTULO II

PANORAMA DE LA REALIDAD DE LAS EMPRESAS ESTATALES EN EL PERÚ Y EL MUNDO

2.1. Perú y la actual crisis financiera

Hablar sobre la importancia del Estado en la economía va mucho más allá de un mero comentario a lo consignado en el artículo 59° de nuestra Constitución Política. La participación del Estado hoy en día, como puede evidenciarse en estos tiempos difíciles, es sumamente importante y necesaria, no solo para revertir las fallas que pudieran acaecer en el mercado, pues el Estado es, muchas veces, más que un mero fiscalizador, el principal promotor y protector de la estabilidad económica del país. Esto no solo por el bien común de todos los ciudadanos; sino, porque en verdad es necesaria la interacción del Estado y los agentes privados a fin de evitar desbalances económicos.

Si lo manifestado parece una exageración, sobran ejemplos que corroboran esta postura, y quizá el más resaltante es la llamada Gran Recesión. Esta crisis financiera fue de tal magnitud que no solo afectó a Estados Unidos; sus efectos incidieron gravemente en todo el mundo, incluido el Perú.

Como se sabe, la crisis financiera estalló a mediados de 2007, y el 15 de septiembre de 2008 es una fecha que nadie olvidará. La razón: inicio de las repercusiones de la grave crisis financiera que asoló crudamente al mundo entero, especialmente a América Latina; pues, como afirma CRESPO “nada menos que la tradicional casa financiera Lehman Brothers quiebra en septiembre de 2008. Poco después la siguen las compañías hipotecarias Fannie Mae y Freddie Mac y la empresa de seguros AIG. Inmediatamente la crisis se extiende a

Europa y otros países, y afecta a la economía real”.⁶³ De esta manera, al encontrarse Estados Unidos y Europa inmersos en una crisis financiera, el mundo entero colapsó, pues se vio enrumbado a un abismo llamado recesión del que parece no saldrá por mucho tiempo.

Cabe preguntarse cuál fue el origen de esta situación y por qué ha afectado demasiado a tantos países. Respecto a la primera pregunta, muchos autores manifiestan que no es posible dar una sola respuesta a la misma, pues en el ínterin confluyen varios elementos. No obstante, dos factores pueden considerarse como detonantes de esta crisis financiera de 2008:

“1.- El hecho de que la larga tendencia al alza de precios de bienes raíces en Estados Unidos se revirtiera a mediados de 2006;

2.- El hecho de que esta reversión no fue ni anticipada ni incluida como un evento contingente en el diseño contractual de los productos financieros estructurados. Si el diseño contractual de estos instrumentos hubiera sido flexible y hubiera anticipado explícitamente la posibilidad de shocks adversos sobre la evolución de precios de bienes raíces, es difícil ver cómo la cascada de adversidades posteriores podría haber ocurrido”⁶⁴.

Esto es un claro ejemplo de la importancia de la participación del Estado en la economía, pues depende mucho del Estado la conservación de una buena economía para la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos; satisfacción que no podrá darse sin la adopción de adecuadas políticas monetarias⁶⁵, y precisamente esto le faltó a Estados Unidos, pues al gozar por tantos años de un incremento económico alto y sostenido, ignoró el riesgo, olvidó que sin una adecuada política monetaria no podría seguir creciendo sin necesidad de enfrascarse en una inflación.

Si se hubiera adoptado una adecuada política monetaria, se hubiera podido incrementar paulatinamente la tasa de interés de los préstamos que cobraban los bancos para contrarrestar la excesiva demanda de dinero que había entonces, el continuo incremento del precio de los bienes y la futura inflación. Al incrementarse

⁶³ CRESPO, Ricardo. *Filosofía de la economía*, Navarra, EUNSA, 2012, p. 147.

⁶⁴ Ibidem, p. 31.

⁶⁵ Una política monetaria es“(…) una decisión del Banco Central (autoridad monetaria) orientada a modificar el equilibrio en el mercado monetario mediante cambios en la cantidad de dinero o en la tasa de interés”. JIMÉNEZ JAIMES, Félix. *Elementos de teoría y política macroeconómica para una economía abierta*, Tomo I, Lima, PUCP, 2012, p. 249.

la tasa de interés, los ciudadanos tendrían que pagar más para acceder a un nuevo préstamo, y al no poder acceder a uno nuevo descendería la demanda de dinero pues la capacidad de consumo de los ciudadanos estaría reducida. Con lo cual, ante la disminución de la demanda de dinero, el precio de los bienes ya no aumentaría y lo más probable es que tiendan a disminuir. Todo esto acompañado de una reducción del gasto público, solo así se lograría un equilibrio entre la oferta de dinero y la demanda del mismo⁶⁶, porque de no efectuar una reducción del gasto público se originaría lo que actualmente presenciamos: una burbuja; y en el caso concreto de Estados Unidos una “burbuja inmobiliaria”⁶⁷.

Sin embargo, Estado Unidos se enrumbó imprudentemente a la situación económica en que se encuentra actualmente, pues “por un lado, hubo una disminución de impuestos y un alto nivel de gasto público del gobierno, (...). Por otro lado las familias se sobreendeudaron gracias a un boom crediticio que llevó a un aumento desmedido de los precios de las viviendas y otros activos. ¿Y por qué las entidades financieras otorgaron tantos créditos? Porque gracias a los adelantos en las tecnologías de la información, los bancos comerciales que otorgaban los préstamos revendían estos a bancos de inversión en Wall Street. (...) La disminución en la tasa de interés abarató aún más los préstamos; como dirían los economistas, fue una combinación de una política fiscal expansiva (mayores gastos y menores impuestos) con una política monetaria expansiva (menores tasas de interés). El resultado: un boom crediticio y sobreendeudamiento que colapsó en agosto del 2007 y alcanzó impactos globales a partir de setiembre del 2008 con la quiebra y desaparición de los bancos de inversión⁶⁸ en Wall Street”⁶⁹.

⁶⁶ Para un mayor entendimiento revisar JIMÉNEZ JAIMES, Félix. *Ob. cit.*

⁶⁷ “Una burbuja es un episodio en el que los precios de algún bien o activo experimentan una fase de incremento sostenido, proceso alimentado por expectativas autocumplidas, y que culmina en un colapso vertiginoso de los precios, que es cuando se dice que la burbuja explota.” HNYILICZA, Esteban. “¿La teoría económica puede explicar la crisis?” en *Crisis. Análisis y perspectivas de la crisis económica mundial desde el Perú*, Lima, Norma, 2009, p.41. Por ende, por extrapolación podemos entender que la “burbuja inmobiliaria” fue un proceso en el que el precio de los inmuebles se elevó en demasía originando una gran oferta, con la correlativa demanda de hipotecas, lo cual culminó con el endeudamiento de los ciudadanos y por consiguiente con el estado de quiebra de los bancos.

⁶⁸ Un banco de inversión es una “Institución financiera que se especializa en proveer servicios financieros, como asesoramiento en fusiones y adquisiciones (mergers), cambio de divisas y administración de portafolio. A diferencia del banco comercial, los bancos de inversiones no se especializan en otorgar préstamos de sus propios fondos. Frecuentemente sirve de agente y aval (underwriter) de nuevas emisiones de valores y como integrante de un sindicato redistribuye la

Por si fuera poco, esta situación se agravó con el estallido de una crisis inmobiliaria en Europa, ya que “(...) en varios países de la Eurozona como España e Irlanda, el boom crediticio también generó burbujas en los precios de varios activos, como las viviendas. La interconexión del mundo hizo que la posibilidad de una nueva Gran Depresión, similar a la de hace ochenta años, fuera real”⁷⁰.

Estas crisis han afectado demasiado a tantos países porque tanto Estados Unidos como Europa son los mayores demandantes de bienes y servicios de los demás países, con excepción de China. Por lo que ante una crisis de esta magnitud las exportaciones de los demás países hacia Estados Unidos y Europa se verá disminuida rápidamente, no pudiendo alcanzar la meta que tenían para crecer respecto a su Producto Bruto Interno (PBI) y disminuyéndose la inversión privada y el gasto público. Evidenciándose así la globalización del mercado.

Por un lado, la Bolsa de Valores ha caído, con lo cual la estabilidad económica de todos los países pelagra, pues para obtener rentabilidad en dicho mercado de inversión es necesario que los países compren; al hacerlo demuestran su capacidad adquisitiva. Y si un país gana, los demás también lo hacen; no obstante, producto de esta crisis económica los Estados no tienen dicho poder adquisitivo y necesitan capital, por lo que tienden a vender sus activos invertidos en la Bolsa de Valores. Por otro lado, tenemos al petróleo como protagonista, pues los países occidentales dependen mucho del mismo, y Estados Unidos, en un intento de reactivar su economía, decidió aumentar su producción de petróleo; empero, esta decisión ha conllevado a que el precio del petróleo cada vez disminuya más. Y es que aunado a la gran oferta del petróleo hay una baja demanda del mismo, ello como consecuencia de la crisis financiera que se está experimentando a nivel mundial. Asimismo, por si fuera poco, China decidió devaluar su moneda, disminuyendo así sus índices de importación, lo cual repercute en gran medida en el mundo entero. Al disminuir la capacidad de adquisición de China, se afectan las exportaciones que la gran mayoría de países latinoamericanos efectuaban hacia ese Estado, se afectan las Bolsas de Valores

emisión a los inversionistas.” BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Glosario de términos económicos*, Lima, BCRP, 2011, p. 12.

⁶⁹ PARODI TRECE, Carlos. “Crisis económica mundial e Impactos sobre el Perú”, *Tiempo de opinión*, N° 5, septiembre 2012, p. 37.

⁷⁰ Ídem.

de dichos países y, principalmente, se afectan las exportaciones de petróleo que tenían como destino China, originándose así una disminución del precio del petróleo y de las materias primas.

Estas no son todas las consecuencias generadas por esta Gran Recesión, pues otro de los efectos fue “la devaluación del dólar en relación a las monedas de otros países como consecuencia de la crisis en la que se encontraba Estados Unidos, los inversionistas dejaron de invertir en ese país y además retiraron parte de su capital. La primera de estas acciones trajo como consecuencia una disminución de la demanda de dólares lo cual influyó en la devaluación de la divisa americana. Este efecto también fue notorio en el Perú. A partir de agosto de 2007, momento en el cual la crisis en Estados Unidos se agudizó, el sol comenzó a apreciarse con respecto al dólar de forma constante, pasando de 3,16 a 2,69 soles por dólar. Esta reducción en el tipo de cambio tuvo un efecto negativo en las empresas exportadoras del Perú. Al tener sus costos en soles y recibir el pago en un dólar cada vez más devaluado, sus márgenes se vieron afectados y esto hizo que muchas de estas empresas quebraran”⁷¹.

Esto generó una aparente bonanza en el mercado interno y un supuesto incremento de la capacidad adquisitiva de la población; no obstante, esta situación económica, durante los primeros años, fue aprovechada por algunos países para desarrollarse económicamente. Dichos países han sido conocidos como BRICS. El grupo BRICS está conformado por Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica; estos países han aprovechado la coyuntura para captar inversión privada, por lo cual durante los primeros años de la Gran Recesión⁷² han experimentado grandes flujos de capital provenientes de Estados Unidos y Europa, pues ante la crisis que experimentaban estos últimos los inversionistas decidieron buscar mercados más propicios para el desempeño de sus actividades. Motivo por el cual Estados Unidos experimentó una salida indiscriminada de capitales y los integrantes del grupo BRICS se convirtieron en

⁷¹ GUILLÉN, Jorge. “¿Cuál es el origen de la crisis?” en *Crisis. Análisis y perspectivas de la crisis económica mundial desde el Perú*, Lima, Norma, 2009, p. 76.

⁷² Recesión es entendido como “(...) el periodo en el que se produce una caída de la actividad económica de un país o región, medida a través de la bajada del Producto Bruto Interno real, durante un periodo prolongado de tiempo. En la teoría de los ciclos económicos corresponde a la fase descendente del ciclo. Se suele caracterizar por una reducción de casi todas las variables económicas como la inversión, el consumo, la educación y el empleo.” BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Ob. Cit*, p. 164.

las nuevas economías emergentes, con miras a ser las nuevas potencias económicas mundiales.

Ante ello, varios países latinoamericanos fueron beneficiados con esta ola de flujos de capital, entre ellos Perú. Esto ha ocurrido gracias a “un desarrollo socioeconómico interno positivo y sostenido, una sólida gestión de la deuda externa y de las cuentas fiscales en relación con los países desarrollados, un incremento dramático de sus niveles de reserva, y un adecuado manejo monetario antiinflacionario con tipos de cambio flotantes. Lo cual ha resultado en una significativa reducción en la tradicional vulnerabilidad de las economías latinoamericanas frente a la volatilidad de los mercados financieros globales, con la consecuente disminución de los niveles de riesgo para el inversionista foráneo”⁷³. Esto, unido a los mecanismos legales y a la actividad de las agencias de promoción de la inversión privada, sirvió para canalizar sus flujos de capital, pues, por ejemplo, se promulgaron el D. S. N°104-2013-EF – mediante el cual se declara de interés nacional y prioritaria la promoción y agilización de la inversión–, y la Ley N° 30056 – Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial. Propiciando esta última una agilización del procedimiento en el mecanismo de las obras por impuesto, y unas medidas en aras de promover la inversión en servicios públicos y obras de infraestructura.

De no haber actuado de esa manera el resultado no hubiera sido el presenciado durante algunos años. El cual, dicho sea de paso, ha deslumbrado a la comunidad internacional porque no fue producto de factores exógenos a dichos países, el resultado provino de ellos mismos, de la adopción de políticas monetarias restrictivas y adecuadas políticas económicas, factores conocidos por los economistas como *pull factors* y que permiten atraer flujos de capital basados en las políticas e iniciativas domésticas de cada país. En razón de ello, varios economistas se atrevieron a denominar a la década comprendida por el período 2010-2020 como la década ganada.

Empero, esta bonanza, que en un principio parecía no acabar, terminó producto de una serie de factores, entre ellos los más resaltantes son la disminución del

⁷³ MOROSINI, Piero. “Flujos de capital hacia América Latina: ¿Una década ganada?”, *Strategia*, N° 36, junio 2015, p. 15.

precio de las materias primas y la desaceleración económica de China, lo cual no hace sino acrecentar la ya existente volatilidad del mercado global, pues actualmente ningún país latinoamericano ha podido obtener una armonía económica. Prueba de lo manifestado es Perú, que en los primeros años de surgimiento de la Gran Recesión experimentó un incremento considerablemente asombroso en la economía⁷⁴, como consecuencia de las adecuadas políticas monetarias adoptadas. Respecto a las referidas al desarrollo vigente, estas se han mantenido inalterables; en cambio las primeras han sido modificadas de tal manera que han permitido atenuar la recesión sufrida mundialmente. Prueba de ello es que el Banco Central de Reserva ha mantenido altos los niveles de Reservas Internacionales Netas, “la política de acumulación preventiva de RIN ha sido muy importante, pues ha permitido ser empleada en eventos como el de fines de 2008, de choques negativos sobre los mercados cambiario y financiero, y ha logrado controlar los riesgos asociados a la dolarización financiera, amortiguando así el impacto del choque externo sobre el nivel de actividad económica”⁷⁵.

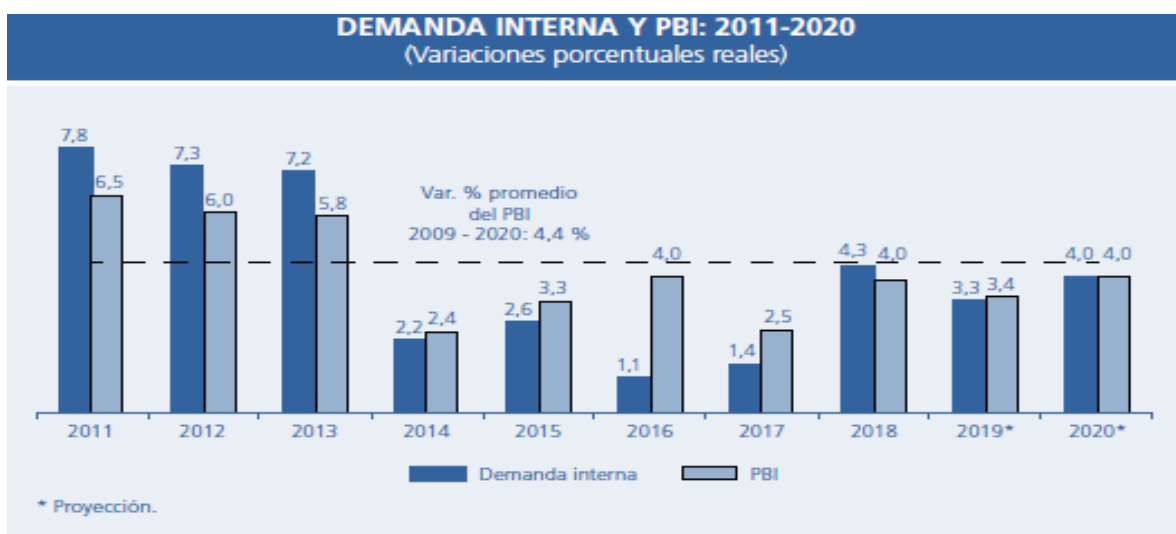
Sin embargo, a pesar de esta situación, en los siguientes años dicho incremento ha ido disminuyendo gradualmente a magnitudes tal que lejos están los días en que el PBI del Perú incrementaba a cifras superiores a 6.0%, tal como se puede observar a continuación⁷⁶:

⁷⁴ Para un estudio pormenorizado recomendamos revisar ÁLVAREZ, César. “Perú y Latinoamérica: En busca del tiempo perdido”, *Strategia*, N° 38, octubre 2015, p. 15.

⁷⁵ MENDOZA BELLIDO, Waldo. “Milagro peruano: ¿buena suerte o buenas políticas?”, *Economía*, N° 72, diciembre 2013, p. 74.

⁷⁶ BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Reporte de Inflación, junio 2019*, Lima, BCRP, 2019, p. 55.

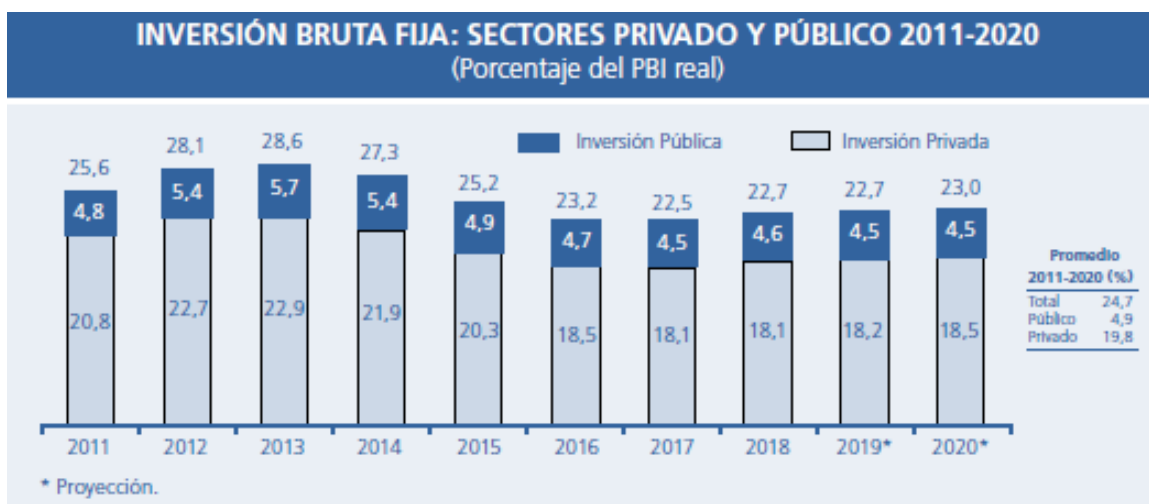
GRÁFICO Nº 1



Ahora bien, el Banco Central de Reserva del Perú – BCRP en su reporte de inflación del 2016 estimó que para los años 2017 y 2018 el PBI tendría un crecimiento ascendente a 4.5% y 4.2%, respectivamente; no obstante, como se observa en las cifras citadas el porcentaje de crecimiento del PBI en el año 2017 fue de 2.5%, y en el año 2018 el PBI creció a 4.0%. Asimismo, en el reporte de inflación del 2016 el BCRP estimó que para los años 2017 y 2018 la inversión pública crecería a 5.2% y 5.3%, respectivamente, mientras que en la inversión privada, en los mismos años, crecería a 18.6% y 18.7%, respectivamente; sin embargo, en el reporte de inflación junio del 2019 el BCRP comunica que en el los mencionados años tanto la inversión pública como la inversión privada han tenido un crecimiento menor al estimado, tal como se observa a continuación⁷⁷:

⁷⁷ Ídem, p. 56.

GRÁFICO Nº 2



Así, podemos decir que aunque el BCRP proyecte que en los siguientes años el PBI crecerá por encima del 3.0%, esta situación económica no resulta ser reconfortante del todo. A pesar de no existir una tendencia a la disminución del PBI, existe una tendencia a no incrementarse la inversión privada. De esta manera se comprueba el proceso de desaceleración que atraviesa la economía local, la cual está afectando la producción de bienes y servicios; más aún, esta situación impide un crecimiento equitativo para toda la población, esto es, el bien común, el cual es el fin del Estado.

Cabe resaltar que la inversión privada está disminuyendo como resultado de la volatilidad del mercado externo, pues, por un lado, el Sistema de Reserva Federal –Banco Central de los Estados Unidos conocido por las siglas FED—, aunque ha decidido temporalmente dejarla tal como está, tiene la determinación de aumentar la tasa de interés después de haberla mantenido en 0% durante una década. Por otro lado, Perú depende férreamente de la explotación de las materias primas, pues, creyendo que la explotación de las mismas era la única manera de convertirse en un país próspero, no diversificó su mercado y ahora ello nos está afectando gravemente.

Nuestra economía no está creciendo a óptimos niveles por la disminución de los precios de las materias primas, pues existe una menor demanda de las mismas y como consecuencia un descenso en los precios de los productos primarios. Lo cual impacta de manera negativa en el crecimiento de nuestro país.

Como se ha dicho, la economía de Europa y China parece no mejorar, y esto impide el crecimiento económico. Esta situación no es transitoria, pues ya han transcurrido diez años y no hay atisbos de remontar dicha situación. Prueba de lo manifestado es la estimación sobre el crecimiento del PBI que hizo el año pasado el BCRP, pues dijo que este año el PBI crecería a 4.2%, y actualmente ha revisado el crecimiento a la baja, estimando que el PBI alcanzará la cifra de 3.4%, como se ha observado en las anteriores líneas. Una tasa de crecimiento muy optimista, como han sido los anteriores reportes de inflación del BCRP, la cual contrasta con las proyecciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL – y del BBVA Research, pues la CEPAL estima que el PBI se mantendrá en 3.2%⁷⁸, mientras que BBVA Research manifiesta que el PBI descenderá a una tasa de 2.9%⁷⁹.

Estas variaciones en las proyecciones del crecimiento del PBI y el menor crecimiento de mismo son consecuencia del recrudescimiento del pobre crecimiento económico de Estados Unidos, Europa y China⁸⁰, además de la caída del precio de las materias primas. De esta manera, algunos economistas denominan la actual situación económica local como el “fin del milagro peruano”, debido al débil crecimiento económico que el país está atravesando en los últimos años; la cual, dicho sea de paso, está agudizando la pobreza, la inequidad de oportunidades para crecer e impide una adecuada provisión de bienes y servicios. Asimismo, la calificación de la actual situación económica como “fin del milagro peruano” y la existencia de una proyección de crecimiento del PBI menor a la proyección del BCRP son resultado de la menor confianza empresarial⁸¹. La confianza empresarial es la expectativa de las empresas acerca de la situación económica. De tal manera que, una disminución de la confianza empresarial implica una disminución de la inversión privada, pues las empresas son más reacias a invertir en un mercado volátil desprovisto de las condiciones mínimas que les aseguren un crecimiento de su inversión. Lo cual ha sucedido en nuestro

⁷⁸ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, 2019*, Santiago, CEPAL, 2019, p. 47.

⁷⁹ BBVA Research. *Situación Perú. Tercer Trimestre 2019*, Lima, BBVA Research, 2019, p. 49.

⁸⁰ Tanto así que se mantiene como riesgo latente la alta probabilidad de que Estados Unidos se vea inmerso en una recesión. Cfr. BBVA Research. *Ob. cit.*, p. 22.

⁸¹ De acuerdo con el Reporte de Inflación de junio de 2019 del BCRP, la confianza empresarial se revisa a la baja y es una de las causas de este débil crecimiento económico. Cfr. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Ob. cit.*, p. 49.

caso, ya que en el reporte de inflación de junio del presente año del BCRP se ha reducido de 6.5% a 3.8% la proyección de crecimiento de la inversión privada para este año⁸². Lo cual, como se ha dicho, afecta la provisión de bienes y servicios, y, dadas las condiciones económicas que imperan en el mercado local y en el mercado externo, no parece ser una situación que desaparezca en el corto plazo.

Por ello, resulta necesario la participación del Estado como principal agente promotor y protector de la economía de la nación. Como es obvio, la participación del Estado no puede ser arbitraria, por aplicación del principio de subsidiariedad. De suceder lo contrario se desnaturalizaría su rol como agente protector de la economía estatal, ya que en vez de solucionar las fallas del mercado, se convertiría en la falla del mercado. Empero, el Estado no puede tener un rol pasivo ante la actual situación, por ello la participación del Estado en la economía no debe ir sino de la mano de la actividad privada, a través de un mayor gasto público que coadyuve a incrementar y dinamizar la economía para que así exista una mayor demanda de bienes y servicios. Y esta intervención del Estado sería subsidiaria, porque en ningún momento estaría haciendo un uso inapropiado de los recursos públicos, pues la reactivación de la economía es un asunto de interés público y manifiesta conveniencia nacional; asimismo, su actuación obedecería a una manifiesta deficiencia del particular para estabilizar la economía nacional. Cabe decir que en una situación así, sin una actuación del Estado se vería gravemente afectada la población, pues se reduciría considerablemente el poder adquisitivo de los ciudadanos y la adecuada provisión de bienes y servicios, y con ello la calidad de vida de la población.

2.2. Inversión pública e inversión privada

Respecto a la inversión pública y a la inversión privada mucha tinta ha corrido últimamente, y es inevitable no hacerlo pues tiempos urgentes ameritan medidas urgentes debido a la volatilidad del mercado y al aseguramiento de un mejor futuro.

En aras de promover la inversión privada y detener la desaceleración económica para contribuir con el crecimiento del PBI se promulgó el Decreto Legislativo N°

⁸² Ídem, p. 57.

1012 que aprobaba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo. Este Decreto Legislativo tenía como finalidad incentivar la inversión privada en los tres niveles de gobierno, y para ello es que se adjudicaron varios proyectos de asociaciones público-privadas.

No obstante, los proyectos adjudicados adolecían de varias deficiencias. Muchas surgían por factores exógenos a las partes, pero muchas otras provenían de la realización de malos estudios previos que con posterioridad a la celebración del contrato originaban un sin número de adendas que no hacían más que prolongar la ejecución de dichos proyectos. De esta manera, el término de la obra distaba mucho del proyectado y establecido en los acuerdos, pues como manifiesta CÁRCAMO: “muchas concesiones están paralizadas, retrasadas; o bien su costo se ha triplicado o los servicios cuestan mucho más de lo pactado que cuando se otorgó la buena pro. De ahí el malestar, desprestigio de la institución y la creciente oposición al uso de este mecanismo que es exitoso en otros países”⁸³. Prueba de ello son los dos ejemplos que citaré a continuación⁸⁴.

El proyecto Derivación Huascacocha – Rímac. Este proyecto fue celebrado en enero de 2009. Adjudicado como una Asociación Pública Privada autosostenible, tenía como objetivo la construcción de presa en la laguna Huascacocha y de un sistema de conducción hasta la entrega del agua cruda al Sistema Marca III, para su posterior trasvase hacia la cuenca del río Rímac. Y antes de los cuatro (4) años de vigencia del contrato se suscribieron siete (7) adendas. Las dos primeras se celebraron con la finalidad de concretar el cierre financiero ya que hasta esa fecha SEDAPAL no había adquirido la licencia para la disponibilidad de agua comprometida en el proyecto de concesión. Mientras que las restantes adendas se suscribieron a fin de ampliar el plazo para que SEDAPAL cuente con el volumen de agua requerida, esto es 51, 77 millones de metros cúbicos (MCC) anual. Y finalmente, después de treinta y cinco (35) meses, SEDAPAL logró que la Autoridad Nacional del Agua –ANA– autorizara la disponibilidad del agua comprometida.

⁸³ CÁRCAMO CÁRCAMO, Enrique. “Estas APP no son para celulares”, *Tiempo de opinión*, N° 8, octubre 2015, p. 10.

⁸⁴ Estos ejemplos y más pueden encontrarse en: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú*, Lima, CGR, 2015.

El otro ejemplo corresponde al proyecto **Sistema de Transmisión Eléctrica ETECEN – ETESUR**. Este proyecto fue celebrado en septiembre de 2012. Adjudicado mediante un contrato de concesión autosostenible, permitía al concesionario la explotación de bienes de la concesión, así como de las líneas de transmisión, las subestaciones eléctricas, los centros de control, los equipos de telecomunicación, incluyendo los bienes de la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. –ETECEN–, y la Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A. –ETESUR–. Este contrato fue objeto de tres adendas modificatorias y dieciséis ampliatorias. La primera adenda fue suscrita a los tres años, seis meses de firmado el contrato y se debió a la necesidad de ampliar la infraestructura concesionada y aumentar las redes de transmisión, ello debido a la creciente demanda de energía eléctrica por parte de distintos sectores y mercados. Luego, respecto a la tercera adenda, esta fue celebrada a fin que el concedente no garantice las remuneraciones ante el incumplimiento de pago de los usuarios de dichas instalaciones, estableciéndose así que el riesgo de cobranza será asumido exclusivamente por el concesionario.

Es por todos estos inconvenientes que en Septiembre de 2015 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1224 –Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos–, así como su respectivo reglamento, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; no obstante, el mencionado Decreto Legislativo posteriormente fue derogado y reemplazado por el Decreto Legislativo N° 1362 –Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Por el lado de la inversión pública tenemos la Ley N° 30225 –Ley de Contrataciones del Estado–, la cual derogó la anterior Ley de Contrataciones del Estado –Decreto Legislativo N° 1017–, en aras de modernizar y superar las deficiencias que tenía el Estado peruano en cuanto a inversión pública. Sin embargo, cabe acotar, la Ley N° 30225 ha sido modificada en dos oportunidades, siendo la última modificación la realizada por el Decreto Legislativo N° 1444.

Por lo tanto, en este apartado se analizarán las deficiencias de los Decretos Legislativos N° 1012 y N° 1017, y cómo, a raíz de la promulgación de los Decretos Legislativos N° 1362 y N° 1444, se pretenden superar aquellas deficiencias para

promover la inversión privada y pública, y hacer más eficiente y eficaz al Estado peruano.

2.2.1. Análisis del marco normativo

En cuanto a la inversión pública, debemos decir que la misma se rige por la actual Ley N° 30225 modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, y el accionar del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

La Ley N° 30225 fue elaborada y promulgada con la finalidad de subsanar muchas deficiencias que se encontraban en su predecesor, el Decreto Legislativo N° 1017. La actual Ley de Contrataciones del Estado presenta muchas modificaciones a nivel organizativo, logrando de esta manera gestionar mejor el presupuesto del Estado y por ende maximizar el valor de los recursos públicos que se pretenden invertir en los futuros proyectos a aprobarse; alcanzando de esta manera una mayor eficiencia del Estado. Por ello, la Ley N° 30225 es una importante herramienta para el desarrollo del Estado, pues busca implementar en la Administración Pública una gestión por resultados y con ello coadyuva a elevar la calidad del servicio brindado por el Estado.

Entre las innovaciones que instaura la actual Ley de Contrataciones del Estado encontramos la modificación del proceso de selección para adquirir bienes o contratar servicios. Mientras el Decreto Legislativo N° 1017 dividía los mecanismos de contratación en procesos de selección, los cuales se realizaban por compras corporativas o modalidades de selección, la actual Ley de Contrataciones ha establecido hasta siete procedimientos de selección: licitación y concurso público; adjudicación simplificada; selección de consultores individuales; comparación de precios; subasta inversa electrónica; contrataciones directas; métodos especiales de contratación. Pretendiendo de esta manera, el Estado, incentivar la inversión pública y simplificar el proceso. Puede parecer contradictorio que el Estado pretenda agilizar el trámite de selección mediante la actual ley al instaurar hasta siete procedimientos de selección; no obstante, se ha definido de manera muy precisa cada uno de estos procedimientos, evitándose así la burocratización del sistema. Al definir idóneamente cada procedimiento se logra agilizar el sistema pues se disminuye el margen de error al conocerse con certeza el procedimiento que cada proyecto debe seguir. Logrando así dinamizar

la economía, desarrollar una idónea gestión por resultados y maximizar el valor de los recursos públicos.

Aunado a ello, el Estado pretende ser más acucioso con los proyectos a ejecutar, por lo que la evaluación a las propuestas se ha hecho más rigurosa, tal como se puede observar en el artículo 12° de la Ley N° 30225: “la Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento. Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación”. De esta manera, al no ser suficiente una evaluación previa, esta ley ha intensificado el control sobre los proyectos realizando un control ex-post más estricto.

Por otro lado, en el artículo 5° de la referida ley se determinan supuestos que a pesar de estar excluidos de su ámbito de aplicación estarán sujetos a supervisión por parte del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE). Asimismo, en el artículo 48° se establece como obligatorio el registro de todas las contrataciones que realicen las distintas entidades públicas, ya sea que se encuentren dentro o fuera del ámbito de aplicación de esta ley, en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE). Lo cual era imprescindible pues, como se sabe, muchos de los proyectos aprobados y ejecutados eran sometidos a evaluaciones superfluas con lo cual se desperdiciaban valiosos recursos del Estado, situación agudizada en la etapa de ejecución del proyecto, debido a que varios de los proyectos no respetaban la normativa y no eran sometidos a un proceso de supervisión, y en caso de ser supervisados dicho proceso se tornaba poco veraz por las condiciones en que se realizaba.

Por ello, a fin de velar por el cumplimiento irrestricto de la normativa de contrataciones, la nueva ley de contrataciones del Estado ha establecido en su artículo 50.2° tres tipos de sanciones: multas; inhabilitación temporal; inhabilitación definitiva. Además se eliminó la sanción económica.

Por último, cabe acotar que las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1444 en la actual la Ley N° 30225 están dirigidas a transparentar el proceso de contratación y así evitar la comisión de actos de corrupción. Por ello, en el artículo 11° de la ley, referido a los supuestos de impedimento, se han incorporado nuevos supuestos para participar en el proceso de contratación, y se

han precisado algunos supuestos ya establecidos. A modo de ejemplo, el inciso d) del artículo 11° ahora establece que están impedidos de participar en el proceso de contratación los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y los Regidores, y se precisa que para los dos primeros el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo. Y luego de dejar el cargo, el impedimento subsistirá hasta doce meses y solo en el ámbito de su competencia territorial. Y para los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce meses después de haber concluido el mismo.

En cuanto a la inversión privada, el Decreto Legislativo N° 1012 pretendía incentivar la inversión privada y dinamizar la economía, y para ello implementó el uso de las Asociaciones Públicas-Privadas (APP), por los múltiples beneficios que conlleva la ejecución de un proyecto en el que participa el Estado y el agente privado. A diferencia de la contratación tradicional, los proyectos en APP implican una adecuada distribución de riesgos entre los participantes: Estado y privados. Producto de esta sinergia se deberían brindar servicios públicos eficientes, pues a diferencia de la contratación tradicional, donde el proyecto es asumido solo por el Estado o solo por el agente privado, mediante las APP se distribuyen riesgos y funciones logrando así evitar, por un lado, afectar las arcas financieras del Estado, y, por otro lado, afectar las condiciones de vida de la población.

Lo primero porque mediante las APP los proyectos son asumidos con inversión netamente del privado o con inversión conjunta del Estado y del privado. Logrando en ambas alternativas, el Estado, maximizar su inversión mediante una adecuada gestión de su presupuesto a fin de orientarlo a atender otras necesidades básicas que la población requiere. Consiguiendo de esta manera cerrar brechas de necesidad que subsisten en la población.

Además, al existir una participación conjunta del Estado y del agente privado, el servicio a brindar será concientizado, es decir, el servicio no será oneroso, por el contrario será de fácil acceso a la población, con lo cual la calidad de vida de los ciudadanos no se afectaría. Pero ello solo podría ser posible mediante la participación del Estado, pues recordemos que el actuar del agente privado está revestido por un *animus lucrandi*, con lo cual si no existiera participación del Estado la tarifa del servicio sería un costo neto. De ahí la importancia de la

intervención del Estado, pues su participación implica el subsidio del servicio, lo cual permite a la población un acceso más fácil al mismo, satisfacción de sus necesidades básicas y mantenimiento y/o mejoría de su calidad de vida.

Debe precisarse que la participación conjunta del Estado y el agente privado mediante las APP se desarrolla a lo largo de todo el proceso, no solo en la ejecución del proyecto, como sucede en la contratación tradicional regida por la Ley N° 30225; lográndose brindar un servicio a grandes estándares, óptimos para satisfacer las necesidades de la población.

No obstante, el Decreto Legislativo N° 1012 fue creado un tanto ambivalente, pues aunque se promulga con la finalidad de promover la inversión privada a nivel nacional, la forma de incentivar la misma oscilaba entre un centralismo y una descentralización. A pesar que se pretendía uniformizar el crecimiento económico a nivel nacional, no se adoptaban las medidas necesarias para concretar dicha finalidad.

Muestra de esto son los ejemplos citados en el acápite anterior. En ellos se observa que bajo el Decreto Legislativo N° 1012 se suscribieron gran cantidad de adendas luego de celebrado el contrato que adjudica un proyecto de APP. Esto producto del mal esquema del proceso, implementado por el mencionado decreto, ya que el proyecto era incorporado al proceso de promoción antes de evaluar su idoneidad técnica, económica y financiera. Asimismo, la evaluación del proyecto era muy ineficiente en muchas ocasiones, porque muchos de los proyectos no concordaban con las necesidades de la población e incluso con los planes de desarrollo del Estado. Desperdiciando así tiempo y recursos valiosos.

Prueba de esta ineficiente evaluación, la cual, además, agudizaba la deficiencia en el planeamiento de los proyectos, era la metodología empleada para la evaluación. En el Decreto Legislativo N° 1012 no existía una metodología general. La metodología empleada era *el valor por dinero*, normado en el artículo 5° del citado decreto⁸⁵; esta metodología se basaba en el famoso análisis comparativo público-privado el cual no era otra cosa más que una comparación del costo y

⁸⁵ “Artículo 5°.- Principios

(...)

Valor por dinero. Establece que un servicio público debe ser suministrado por aquel privado que pueda ofrecer una mayor calidad a un determinado costo o los mismos resultados de calidad a un menor costo. De esta manera, se busca maximizar la satisfacción de los usuarios del servicio así como la optimización del valor del dinero proveniente de los recursos públicos”.

riesgo que demandaría la ejecución del proyecto, y provisión del servicio, si este fuera asumido por el Estado, con el costo y riesgo en el que se incurriría si la ejecución del proyecto y la provisión del servicio estuviera en manos del ente privado, eligiendo así la propuesta menos costosa y riesgosa, y más eficiente. No obstante, dicha metodología se restringía a los proyectos adjudicados de manera cofinanciada tal como lo estipulaba el Decreto Supremo N° 226-2012-EF. Con lo cual, respecto a los proyectos autosostenibles no existía tal metodología.

Por si fuera poco, el criterio *valor por dinero* era aplicado de manera discrecional, lo cual originó pésimos estudios previos y con ello una serie de renegociaciones y adendas que ocasionaban más costos de los planificados en la ejecución de los proyectos, desperdiciando así tiempo y recursos valiosos.

Por consiguiente, podemos decir que aunque el Decreto Legislativo N° 1012 pretendía dinamizar la economía tanto a nivel del gobierno central como de los gobiernos regionales y locales, no materializaba dicho postulado en el mundo fenoménico, simplemente se quedaba como una buena intención. Ello debido a una inexistente planificación previa que oriente la ejecución del presupuesto de los gobiernos descentralizados a un mismo fin, es decir, no había una política, acompañada de acciones, que oriente el plan de inversión efectuado por cada gobierno descentralizado. Prueba de esta falta de uniformidad era la ausencia de una metodología general para la aplicación del principio *valor por dinero*, la inexistencia de efectivas políticas públicas que orienten el esfuerzo de todos los gobiernos regionales y locales a la realización del plan de desarrollo nacional, así como la preferencia de los gobiernos por ejecutar sus proyectos mediante administración directa o contrata en vez de emplear el mecanismo de APP⁸⁶.

Siendo esto así, comparto la opinión de HUAPAYA: “el sistema de APP en sus cuatro modalidades, requiere de un fuerte impulso centralizado para su mayor desarrollo, sobre todo porque actualmente el Estado no concentra estudios ni tampoco planifica su actividad por medio de las APP. Actualmente, por ende, no existe un sistema centralizado que indique cuando es más conveniente hacer APPs o por el contrario, usar el sistema clásico de contratación pública”⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Efectividad de la inversión pública a nivel regional y local durante el período 2009 al 2014*, Lima, CGR, 2015, pp. 131-135.

⁸⁷ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Diez tesis sobre las asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, enero 2013, p. 23.

De esta manera, a fin de subsanar las deficiencias referidas, optimizar el sistema de inversión y reactivar la economía del país, se promulgó el Decreto Legislativo N° 1224 –Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, el cual posteriormente fue derogado y reemplazado por el Decreto Legislativo N° 1362 –Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

El Decreto Legislativo N° 1224 enmienda muchos errores que tenía su antecesor, principalmente a nivel organizativo, pues ordenó el proceso, convirtiéndolo en un sistema iterativo. Este decreto dividió el proceso en cinco fases: planeamiento y programación, formulación, estructuración, transacción y ejecución contractual; y en cada fase el proyecto debió ser sometido a una evaluación, la cual debía aprobar porque de lo contrario no se ejecutaría. La no ejecución del proyecto significaba que el mismo no era eficiente, pues en cada etapa se evaluaba la idoneidad de la propuesta y su eficiencia en caso de llevarse a cabo.

Además, este decreto creó el Informe Multianual de Inversiones en APP y promovió el empleo del Plan de Desarrollo Concertado (PDC). El PDC es un instrumento empleado por los Gobiernos Descentralizados (Gobiernos Regionales y Locales) que permite orientar el desarrollo de los mismos y su proceso de presupuesto participativo, pues contiene los acuerdos sobre la visión de desarrollo y los objetivos estratégicos de la comunidad en comunión con los planes sectoriales y nacionales⁸⁸. Por otra parte, el Informe Multianual de Inversiones en APP iba permitir una mejor planificación de los proyectos de inversión en APP. Al operar conjuntamente estos dos instrumentos se iban a identificar las necesidades de inversión que debían ser desarrolladas por las entidades públicas bajo el mecanismo de APP.

Asimismo, este decreto instauró una nueva metodología para evaluar la eficiencia de los proyectos de APP: Los criterios de elegibilidad. Esta no pretendía dejar de lado el criterio *valor por dinero*; todo lo contrario, buscaba complementar la anterior evaluación. Pues es preciso que todo proyecto genere valor por dinero, algo que los criterios de elegibilidad buscaban generar. Los criterios de

⁸⁸ Directiva N° 001-2014-CEPLAN, “Directiva general del proceso de planeamiento estratégico – Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico”.

elegibilidad “se utilizan con la finalidad de evaluar y determinar los beneficios de desarrollar un proyecto como APP frente al régimen general de contratación pública, considerando el nivel de transferencia de riesgos, la capacidad de medición de la disponibilidad y calidad del servicio, la minimización de costos del ciclo del proyecto, el financiamiento por usuarios, las ventajas y limitaciones de la obra pública tradicional, los costos del proceso de APP, los factores relacionados con el éxito del proyecto y la competencia por el mercado, entre otros”⁸⁹.

Finalmente, mediante este Decreto Legislativo se creó el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada. Este sistema buscaba aglutinar diversas entidades públicas en aras de alcanzar el cumplimiento de la política nacional de inversión privada en APP en los tres niveles de gobierno del Estado. Por ello, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 5.1 del Decreto Legislativo N° 1224, este sistema fue concebido como un sistema funcional, pues las distintas entidades públicas que conforman este sistema participarían en todos los procesos que son competencia del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, asumiendo, cada una, determinadas funciones, logrando así ordenar el proceso de promoción de la inversión privada y descentralizar la promoción de la inversión privada.

Ahora bien, a pesar de todas estas innovaciones, el mencionado decreto fue derogado y reemplazado por el Decreto Legislativo N° 1362 –Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. Cabe decir que este decreto no subestima las innovaciones implementadas a través de su predecesor porque su finalidad es mejorar y consolidar el marco normativo que regula el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, a fin de facilitar, promover y dotar de mayor predictibilidad a la adjudicación de proyectos de inversión que contribuyan con la recuperación de la economía y optimicen el funcionamiento del mencionado Sistema.

Así, el Decreto Legislativo N° 1362 establece que las entidades públicas titulares de proyectos deberán seguir la ejecución física y financiera de los proyectos de su competencia, e informar su accionar al Ministerio de Economía y

⁸⁹ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Ciclo de proyecto de las asociaciones público privadas. Unidad 1: Fases para el desarrollo de proyecto de APP*, Módulo IV, Lima, BID, 2016, p. 28.

Finanzas. Asimismo, podrán asignar las funciones vinculadas a la fase de ejecución contractual, no solo a un órgano dentro de su estructura organizacional, sino también al Comité de Promoción de la Inversión Privada.

Por último, este decreto mantiene la creación del Informe Multianual de Inversiones en Asociaciones Público Privadas, e incluso establece que, previamente a la aprobación del mencionado informe, la entidad pública titular del proyecto deberá solicitar la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas sobre la modalidad de APP o Proyecto en Activos propuesta, y sobre la programación presupuestal multianual para asumir aquellos. Cabe decir que este decreto le otorga carácter vinculante a la opinión del Ministerio de Economía y Finanzas con lo cual se elimina la incertidumbre que existía con el anterior decreto, esto es, de si dicha opinión es o no vinculante para Gobiernos Regionales y Locales.

De esta manera podemos afirmar que lo adecuado es alcanzar la descentralización para lograr un crecimiento económico, modernización, eficacia y eficiencia de todo el Estado peruano; meta compartida por los Decretos Legislativo citados, y motivo por el cual se promulgaron, pues era necesario iniciar de manera centralizada este proceso de promoción de la inversión privada. No obstante, en este punto, bajo el actual decreto legislativo, cabe preguntarse ¿nuestro Estado tiene las condiciones necesarias para planificar adecuadas políticas, es decir, en verdad existe un verdadero centro de planeamiento estratégico?

Lo estipulado en el Decreto Legislativo N° 1362 nos permite creer que en verdad existe dicho centro de planeamiento estratégico, al observar las medidas adoptadas por el Estado; sin embargo, aún subsiste una deficiencia con respecto a los Planes de Desarrollo Concertado (PDC). Estos deben ser elaborados en función a las necesidades en servicios públicos e infraestructura que tiene la población, con los datos más recientes y para un período de vigencia de 8 años según normativa del CEPLAN; y al no contar con la información pertinente los gobiernos regionales y locales no pueden conocer las brechas existentes y priorizar las necesidades que urgen en su jurisdicción. No logrando así los gobiernos regionales y locales aprovechar los recursos públicos para beneficiar a su población, ni generar impacto, ni mucho menos priorizar proyectos en función a

las necesidades que existen en su jurisdicción. Evidenciándose así la ausencia de la descentralización que el Estado pretende instaurar y urge.

2.2.2. El servicio universal y la aún infructífera labor de la inversión privada

En primer lugar es necesario dilucidar conceptos a fin de evaluar la vigencia e idoneidad del concepto de servicio público. Esto debido a que el concepto tradicional de servicio público a lo largo de la historia ha sufrido modificaciones ocasionando así la generación de nuevos conceptos que poco a poco pretenden sustituir el concepto tradicional.

Han surgido conceptos como servicio público en sentido objetivo, servicio público en sentido subjetivo, los servicios de interés general, los servicios de interés económico general y el servicio universal.

La génesis de esta gama de conceptos estriba en que ante las diversas condiciones surgidas en el mercado, es necesaria la adaptación de las instituciones. Quienes proponen estos nuevos conceptos afirman que no es necesario que la titularidad del servicio público sea del Estado, ya que el mismo puede ser otorgado por un agente privado, es decir, proponen prescindir de *la publicatio*. Ante lo cual, el servicio público podría ser brindado indistintamente por el Estado o por el agente privado, pues consideran que en esencia el servicio público no es una actividad prestacional sino un régimen jurídico.

Debemos de recordar que el servicio público tradicional “es una actividad administrativa prestacional de titularidad estatal. Implica siempre una limitación o sacrificio de la libertad de empresa: el Estado asume la potestad de ejercer la actividad económica, o de entregarla en concesión a particulares. Nace la idea de la denominada *publicatio* como reserva prestacional al Estado de la actividad calificada como servicio público”⁹⁰.

Así, el servicio público en sentido subjetivo es “una forma de actividad administrativa, una actividad prestacional de titularidad administrativa”⁹¹. Mientras, el servicio público en sentido objetivo es “el régimen jurídico de una actividad

⁹⁰ HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Concepto y régimen jurídico del servicio público en el Ordenamiento Público Peruano”, *Ius et Veritas*, N° 50, julio 2015, p. 375.

⁹¹ Ídem.

económica sujeta a intervención administrativa por parte del Estado debido a su carácter esencial”⁹².

Conceptos que no están fuera de la realidad, pues es cierto que el servicio público puede ser brindado tanto por el Estado como por los agentes privados. Con lo cual, una discriminación del mismo en función de su esencia, más allá de si debe ser brindado por el Estado o por el agente privado, es una manera adecuada de dejar entrever que lo verdaderamente importante es atender las necesidades demandadas por la población, las cuales muchas veces son mejor atendidas por el agente privado.

Por otro lado, a fin de modernizar el accionar del Estado, surgen los conceptos de servicios de interés general, servicios de interés económico general y servicio universal. Siendo entendido el primero como aquellas “actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público”⁹³.

Los segundos son comprendidos como “actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público”⁹⁴.

Y el servicio universal “es el conjunto de exigencias mínimas que cabe imponer a las empresas del sector privado o público que presten servicio de interés general y de interés económico general, para garantizar a todos ciertas prestaciones básicas de calidad y a precios asequibles Así, el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción del interés público con la apertura de determinadas actividades a la competencia”⁹⁵.

Teniendo en cuenta estas definiciones podemos entender que más allá de modernizar el concepto de servicio público, la intención de estas propuestas era atender la finalidad última del servicio público: constituirse en una actividad prestacional que abastecería las necesidades básicas de la población. Por ello, “el servicio público en nuestro país será uno de corte objetivo: entendido como un régimen jurídico de derecho público para ciertas actividades económicas definidas

⁹² Ibidem, p. 376.

⁹³ Ibidem, p. 377.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Ibidem, p. 378.

como esenciales para el colectivo por el legislador, quien deberá efectuar dicha calificación de manera cuidadosa y caso por caso, cuidando no sacrificar inútilmente la libertad de empresa y los derechos fundamentales económicos de libertad de las personas privadas”⁹⁶.

Por estas razones, respecto al servicio público, podemos afirmar: “el servicio público puede ser prestado:

- a) Directamente por el Estado: a través de sus órganos y organismos de la administración central, a través de entidades autónomas o mediante el empleo de empresas públicas. Este modo de gestión se encuentra intensamente limitado por el artículo 60 de la Constitución.
- b) Indirectamente, y manteniendo supuestamente la titularidad del servicio, a través de contratos de locación de colaboración o asociativos, sin transferencia de potestades públicas. Aquí se emplea mecanismos como el encargo de gestión, las empresas de accionariado mixto así como los mecanismos conocidos como asociaciones público privadas, que poseen su propia regulación.
- c) Por los particulares, por medio de concesionarios o permisionarios. Este modo de gestión es conocido también como gestión indirecta, aludiendo a la concepción del Estado como titular del servicio público Este es el modo de gestión que resulta ser más eficiente para la tutela de los derechos de los usuarios de los servicios públicos”⁹⁷.

2.3. Las empresas estatales en el mundo

Lo manifestado hasta el momento puede llevarnos a pensar que el Estado no puede, bajo ninguna circunstancia, ser un buen gestor de los recursos públicos y por ende realizar actividad comercial alguna o, en caso se encuentre habilitado para realizarla, no gestione los recursos públicos o no realice la actividad comercial tan igual como la realizaría un agente privado. Esta estigmatización con la que han lidiado las empresas públicas peruanas desde 1991 – momento en que se inicia el proceso de privatización-, ha llevado a calificarlas como empresas públicas ineficientes por naturaleza y distorsionadoras del mercado *per se*; no obstante, esto es falso, pues las empresas públicas pueden ser una fuente sólida

⁹⁶ Ibidem, p. 386.

⁹⁷ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, pp. 422-423.

de ingreso económico para el país, proveer eficientes servicios públicos y cerrar importantes brechas sociales. Prueba de lo manifestado son países nórdicos como Finlandia y Noruega, donde su PBI está conformado en su mayoría por la provisión de servicios y la operación de la empresa pública de electricidad corrobora lo indicado respecto a una buena gestión empresarial estatal. Y por el lado de Latinoamérica tenemos a Chile, donde las empresas públicas han demostrado ser muy eficientes, pues prestan un servicio público idóneo y coadyuvan a cerrar las brechas de necesidad existentes en la población. Además, cabe mencionar, los países mencionados se encuentran entre aquellos con menor índice de corrupción⁹⁸, lo cual demuestra que es errado calificar como ineficiente a las empresas públicas, y que el Estado puede realizar una buena gestión empresarial, incrementándose así, además de la economía, la calidad de vida de la población al abastecer las principales necesidades demandadas. Por ello, en este acápite se va a exponer la situación de las empresas públicas de los países señalados, pues son considerados casos de éxito y claro ejemplo de que el Estado puede gestionar eficientemente recursos públicos en aras de asegurar el bienestar de la población.

2.3.1. Del caso de Finlandia⁹⁹

Respecto a Finlandia, podemos señalar que cuenta con uno de los PBI más altos del mundo, por lo cual la población goza de una alta calidad de vida; según datos de la OCDE, en una escala de 0 a 10, la calidad de vida de la población de Finlandia es de 7.6¹⁰⁰.

En este sentido, el PBI de Finlandia se encuentra compuesto tanto por contribuciones del sector industrial como por la exportación e importación de bienes y servicios, y en menor medida por las actividades de agricultura, silvicultura y pesca. Respecto a la agricultura, apenas el 4% de la población activa

⁹⁸ De acuerdo al ranking de Transparency International, Finlandia se encuentra en el tercer puesto, Noruega está en el puesto siete y Chile se encuentra en el puesto veintisiete. Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perception Index 2018*. [ubicado el 10.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.transparency.org/files/content/pages/2018_CPI_Executive_Summary.pdf

⁹⁹ La siguiente información, salvo cita respectiva, ha sido obtenida de VANTAAN ENERGÍA. *Nosotros*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.vantaanenergia.fi/en/we/vantaaenergy/>

¹⁰⁰ Cfr. OECD. *Satisfacción de vida*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/topics/life-satisfaction-es/>

labora en este rubro y su desarrollo genera ingresos ascendentes al 2% del PBI. Los ingresos percibidos por el desarrollo de la actividad industrial representan el 25% del PBI y a su desarrollo se dedica el 22% de la población activa. Así, en la provisión de bienes y servicios labora tres cuartos de la población, su desarrollo se hace tanto a nivel de exportación como de importación, y los ingresos generados por la exportación de bienes y servicios ascienden al 39% del PBI, mientras que la importación de los mismos genera ingresos ascendentes al 40% del PBI¹⁰¹.

De esta manera, lo más sobresaliente es el alto ingreso que percibe Finlandia por la provisión de servicios, en la cual, dicho sea de paso, realiza tanto en el mercado interno como en el externo, y, en el mismo está incluida la prestación del servicio de electricidad, la cual es generada en un 24.48% a través de recursos renovables¹⁰². La acotación realizada es porque en el sector de electricidad opera una de las más importantes empresas públicas de Finlandia, Vantaa Energy, mediante la cual Finlandia genera energía renovable acorde a las políticas medioambientales.

Vantaa Energy es una empresa pública constituida en el año 1910 y sus propietarios son la Municipalidad de Vantaa y la Municipalidad de Helsinki, la primera posee el 60% de las acciones de la citada empresa y la segunda es propietaria del 40% de las acciones restantes. Vantaa Energy se dedica a producir y vender electricidad y calefacción urbana, además una de sus subsidiarias es Vantaa Energy Electricity Networks Ltd., la cual se encarga de la construcción, operación y mantenimiento de la red eléctrica de Vantaa.

Además, Vantaa Energy cuenta con una planta de conversión de residuos en energía, la cual utiliza los residuos no deseados para generar electricidad. Cabe mencionar que la construcción de esta planta obedece al deseo de Vantaa Energy de producir energía más limpia y reducir las emisiones de dióxido de carbono y el uso de carbón y gas, combustibles fósiles, en la generación de electricidad, y a fin de conseguir este objetivo la citada empresa ha construido este año su planta de

¹⁰¹ Cfr. BANCO MUNDIAL. *Perfil de país*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: https://databank.worldbank.org/views/reports/reportwidget.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=FIN

¹⁰² OECD. *OECD Better Life Index*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/countries/finland-es/>

biomasa y en el futuro piensa modernizar su planta de energía de Martinlaakso para el uso de biocombustibles domésticos.

Por último, mencionar que en el año 2017 tanto solo Vantaa Energy como empresa matriz ha facturado 245, 1 millones de euros, monto incrementado en el año 2018 a 258, 5 millones de euros. Y como grupo comercial, la empresa pública ha facturado 285, 3 millones de euros en el 2017 y en el siguiente año facturó la cantidad de 303 millones de euros.

2.3.2. Del caso de Noruega

Noruega cuenta con el segundo PBI per cápita más alto del mundo, lo cual le permite a la población gozar de una alta calidad de vida, como sucede con Finlandia; incluso la población de ambos países tiene la misma calidad de vida, esto es, 7.6, según datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE¹⁰³.

De esta manera, al igual que Finlandia, el PBI de Noruega se encuentra compuesto tanto por contribuciones del sector industrial como por la exportación e importación de bienes y servicios, y en menor medida por las actividades de agricultura, silvicultura y pesca. El 2% de la población activa se dedica a la agricultura, la cual representa el 2% del PBI. Por su parte, la actividad industrial genera ingresos ascendentes al 31% del PBI y en esta actividad labora el 20% de la población activa. Así, el 78% de la población se dedica a la provisión de bienes y servicios, la cual se realiza tanto a nivel de exportación como de importación, generándose por la exportación ingresos ascendentes al 38% del PBI, mientras que la importación representa el 33% del PBI¹⁰⁴.

Lo relevante de Noruega es que la mayor percepción de su ingreso se debe al desarrollo, tanto en el mercado interno como en el externo, de la actividad industrial y de la prestación de servicios, y en esta última se incluye el servicio de electricidad, la cual es generada en un 46.9% por medio de recursos

¹⁰³ Cfr. OECD. *Satisfacción de vida*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/topics/life-satisfaction-es/>

¹⁰⁴ Cfr. BANCO MUNDIAL. *Perfil de país*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: https://databank.worldbank.org/views/reports/reportwidget.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=NOR

renovables¹⁰⁵. Cabe decir que en las mencionadas actividades participan empresas privadas y públicas, y entre estas últimas sobresale la participación de Equinor, empresa dedicada al sector hidrocarburo y electricidad, y Statkraft, empresa dedicada al sector electricidad.

Equinor es una compañía energética cuyo mayor accionista es el Estado noruego, quien es propietario del 67% de las acciones de la empresa; pero no tiene miembros de la junta ni de la asamblea corporativa en la empresa. La participación del Estado se da mediante la designación de un miembro del comité de nominación de Equinor, con lo cual se asegura la independencia de la empresa del Estado noruego, y con ello se marca una distinción entre los diversos roles del Estado¹⁰⁶.

Equinor comercializa y vende la participación del Estado noruego en la producción de petróleo y gas. La empresa tiene operaciones comerciales en más de 30 países, se encuentra entre los mayores vendedores de petróleo crudo y condensado, y es el segundo mayor proveedor de gas natural para el mercado europeo; asimismo, contribuye al desarrollo de nuevos recursos energéticos, pues realiza actividades eólicas marinas a nivel internacional. De esta manera, la totalidad de las ventas realizadas por la empresa en el año 2018 ascienden a la suma de 2, 943 millones de dólares¹⁰⁷.

Cabe mencionar que Noruega cuenta con un Fondo Soberano de Inversión que es gestionado por Norges Bank Investment Management (NBIM), una entidad adscrita al banco central de Noruega; este fondo es financiado con los ingresos que genera el desarrollo de la actividad hidrocarburífera y través de este fondo Noruega realiza inversiones en otras empresas y desarrolla tecnología para generar electricidad mediante recursos energéticos renovables. Y todas estas inversiones son realizadas por medio de Equinor, explicando esto el buen desempeño alcanzado por la mencionada empresa¹⁰⁸.

¹⁰⁵ OECD. *OECD Better Life Index*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/countries/norway/>

¹⁰⁶ EQUINOR. *Annual Report and Form 20-F 2018*, Stavanger, EQUINOR, 2019, pp. 102 -103.

¹⁰⁷ Ídem, p. 223.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, en junio del año 2018, Equinor cerró un acuerdo con Petrobras para adquirir una participación del 25% en Roncador, un campo petrolero en la cuenca de Campos en Brasil, lo cual le ha permitido a Equinor que sus propiedades aumenten 2,550 millones de dólares; asimismo, en octubre del año 2018, Equinor firmó un acuerdo para adquirir la participación del

Por su parte, Statkraft es una empresa pública de propiedad exclusiva del Estado noruego. Esta empresa tiene como empresa matriz a la empresa Statkraft SF y como subsidiaria a la empresa Statkraft AS, la cual, a su vez, tiene 21 empresas filiales que operan en lugares distintos a Noruega¹⁰⁹. El único objetivo de Statkraft SF es poseer todas las acciones de Statkraft AS, y esta última tiene como objetivo, solo o mediante la participación en, o cooperación con otras empresas, planificar, diseñar, construir y operar instalaciones de energía, realizar transacciones de energía física y financiera, y realizar operaciones naturalmente relacionadas¹¹⁰.

De esta manera, Statkraft busca generar principalmente energía renovable mediante centrales hidroeléctricas, eólicas, térmicas, etc., y no solo para el consumo local sino también para el mercado externo. Por ello, Statkraft genera energía hidroeléctrica en Noruega, Suecia, Alemania y el Reino Unido; en Alemania genera energía a través de centrales eléctricas de biomasa y en Noruega, Suecia, Irlanda y el Reino Unido, desarrolla energía eólica. Además, actualmente Statkraft provee de energía renovable a los países de Brasil, Perú, Chile, India, Nepal, Turquía y Albania, y brinda calefacción urbana, mediante sus plantas de calefacción, en Noruega y Suecia. El desarrollo de estas actividades le ha permitido a Statkraft obtener como ingreso 55,350 millones de coronas noruegas¹¹¹.

2.3.3. Del caso de Chile

Por último, en el caso de Chile, aunque la cartera de empresas públicas sea pequeña, dichas empresas públicas desempeñan un papel importante en los sectores estratégicos de la economía de Chile. Los ingresos generados por todas las empresas públicas alcanzan el 12.8%, con lo cual la inversión total en ellas asciende al 1.2%; de igual modo, la contribución a las finanzas públicas por medio

40% de Chevron en el proyecto Rosebank, uno de los mayores campos no desarrollados de la plataforma continental del Reino Unido. Cfr. Ídem, p. 167.

¹⁰⁹ STATKRAFT AS. *Annual Report 2018*, Oslo, STATKRAFT, 2019, p. 131.

¹¹⁰ Ibidem, p. 49.

¹¹¹ Ibidem, p. 66.

de impuestos, tasas, regalías y dividendos alcanza casi el 2,5% del PBI o el 6% de los ingresos totales del Gobierno Central¹¹².

Así, del universo de 33 empresas públicas, 27 son de propiedad del Estado en un 100%, y las restantes tienen alguna participación del sector privado. De esta manera, las empresas públicas se encuentran operando en el sector minero, financiero, transporte, portuario, comunicaciones, servicios y agua y saneamiento. En el sector minero operan cuatro empresas, cuyos ingresos equivalen al 11% del PBI. En los sectores financiero y portuario, operan 1 y 10 empresas públicas, respectivamente, las cuales genera, cada una, un ingreso equivalente al 1.1% del PBI. Por su parte, en los sectores transporte, servicios y comunicaciones operan 2, 8 y 6 empresas, respectivamente, las cuales generan, cada una, ingresos ascendentes al 0.2% del PBI. Finalmente, las 2 únicas empresas públicas que brindan el servicio de agua y saneamiento tienen ingresos equivalentes a menos del 0.1% del PBI. De esta forma, las empresas públicas de Chile aportan el 12.8% del PBI¹¹³.

En este sentido, cabe resaltar la importancia que tiene CODELCO –la Corporación Nacional del Cobre de Chile– para la economía de Chile, pues, por ejemplo, durante el año 2011 los excedentes (brutos) ascendieron USD 7.033 millones (21,2% de aumento respecto 2010)¹¹⁴. Además, para mejorar el gobierno corporativo de sus empresas, Chile ingresó como miembro de la OCDE, y en el 2010 aprobó la Ley 20.392 que efectuaba modificaciones al estatuto orgánico de CODELCO, a fin de mejorar el Gobierno Corporativo, hacerla mucho más eficiente y constituir la en una empresa del Estado y no del Gobierno¹¹⁵.

2.4. Revaloración de la Empresa Pública

Tras explicar la situación económica actual del mundo y del Perú, de exponer los esfuerzos y disfuerzos realizados por el Estado para reactivar la economía mediante la promoción de la inversión privada, y mostrar que la misma aún adolece de varias deficiencias, queda pendiente la siguiente interrogante ¿Puede

¹¹² Cfr. BANCO MUNDIAL. *Gobierno corporativo de las Empresas Públicas en América Latina*, BANCO MUNDIAL, 2014, p. 14.

¹¹³ Ídem, p. 15.

¹¹⁴ BERNAL, Andrés; ONETO, Andrés; y otros. *Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las empresas de propiedad estatal*, Bogotá, CAF, 2012, p. 41.

¹¹⁵ Ídem.

afirmarse que el Estado es un mal empresario y por ello no puede realizar actividad empresarial?

Conforme a lo anteriormente expuesto podría aseverarse que el Estado peruano ha sido un mal empresario, debido a la deficiente gestión que han realizado sus empresas; no obstante, ello no implica aseverar que toda gestión estatal esté destinada a ser ineficiente. Muestra de que un Estado puede gestionar eficiente y competitivamente una empresa pública en relación a la empresa privada son las experiencias de países como Finlandia, Noruega y Chile¹¹⁶. De esta manera, aunque en nuestro país las empresas públicas adolezcan de varias deficiencias, muchas de carácter exógeno¹¹⁷ (y de riesgos latentes que deben afrontar, como la corrupción) que impiden que aquellas logren la plenitud de su desarrollo, postulamos que el Estado sí podría gestionar eficientemente una empresa pública.

Lo que sucede es que un problema que aqueja a las empresas públicas y que no es advertido por quienes desalientan la promoción de las mismas, es que las empresas públicas arrastren un pasivo económico que se traslada de un gobierno al siguiente, lo cual ocasiona que las empresas públicas no tengan un eficiente desempeño económico en comparación con las empresas privadas. Prueba de ello es que durante los años noventa el Estado promulgó la Ley N° 27357 – Ley que crea el impuesto a las acciones del Estado, y generó que muchas empresas públicas pierdan su capital social, ya que dicha ley creó el impuesto a las acciones del Estado y las gravó con un impuesto equivalente al 5% del valor de sus patrimonios, lo que tuvo efectos confiscatorios. Además de ello, muchas empresas públicas tienen problemas funcionales, pues muchas veces el personal directivo que se incorpora no es el más idóneo por el riesgo de politización al producirse el cambio de gestión, lo cual podría llegar a generar serios problemas de corrupción. Todas estas circunstancias podrían ser aminoradas si el Estado

¹¹⁶ Tal como ha sido demostrado en el acápite 2.3

¹¹⁷ Por factores exógenos deben entenderse a aquellas circunstancias concomitantes que pueden constituirse en elementos positivos o en elementos negativos. En el presente caso, al mencionar la existencia de factores exógenos como deficiencias se hace alusión a la corrupción, la politización de las empresas públicas, la ineficiente gestión funcional que acarrea una ineficiencia en la gestión financiera; factores externos que se constituyen en riesgos latentes para la eficiente gestión de la empresa pública y que debe afrontar a fin de que aquellos no tergiversen la finalidad de la empresa pública.

adoptara las medidas correctivas necesarias y las que recomendamos implementar en esta investigación.

De esta manera vemos que la empresa pública no es mala por naturaleza, lo que sucede es que hay una serie de factores exógenos, entre los que sobresale la corrupción, que distorsionan los objetivos de las empresas públicas, generándose así el mito de que toda actuación del Estado en materia empresarial es ineficiente. Con lo cual, lo que habría que hacer es optimizar las condiciones en las que operan las empresas públicas a fin de desligarlas de todos aquellos factores exógenos que impiden su eficaz desenvolvimiento, pues, como ha quedado demostrado a lo largo de la historia, lo que no es malo *per se* puede cambiar para bien y superar quizá las expectativas de mejora.

Y es apremiante instaurar dichas modificaciones, no porque las empresas públicas sean imprescindibles, pero sí son necesarias si tenemos en cuenta la situación económica por la que está pasando el país, y el hecho que existen necesidades sociales que no son atendidas plenamente por el agente privado, al igual que existen servicios públicos que no son brindados eficientemente. Por ello resulta necesario brindar a las empresas públicas las herramientas necesarias a fin de que las mismas operen eficientemente, tanto a nivel económico como social. Más aún si se tiene en cuenta que “el crecimiento del papel del Estado en América Latina es una realidad. Aumentan el gasto público y el empleo en el sector público. El aparato público no se reduce, crece y en medio de los problemas sociales se clama por la presencia del Estado y se critica su ausencia. Hoy más que nunca hay que coexistir con el Estado”¹¹⁸.

2.4.1. Legitimidad de las Empresas Públicas

Legitimidad es un “concepto que proviene de “legítimo” que, a su vez, deriva del latín *legitimus* (...). Con frecuencia *legitimus* significa simplemente *ex lege* (“Lo establecido por la ley”) (...) Un uso de *legitimus: legitima (orum)* (siempre en plural) significa formalidades en actos y procedimientos jurídicos”¹¹⁹.

¹¹⁸ CASANA DE BURGA, Patricia. “Modernización del Estado y administración pública”, *Ius Et Praxis*, N° 45, 2014, p. 177.

¹¹⁹ TAMAYO SALOMÓN, Rolando. “Legitimidad” en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo VII, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 51-52

De esta manera, las empresas públicas, para operar, deben adquirir dos tipos de legitimidad: una legitimidad por parte de los ciudadanos y una legitimidad por parte de la ley.

La primera entendida como aquella aceptación que deben gozar las empresas públicas, por parte de los ciudadanos, para que su existencia y accionar sean aceptadas por ellos tan naturalmente como se acepta que necesitamos el aire para vivir. Esto es muy importante pues el usuario final del servicio público brindado por la empresa pública siempre va a ser la ciudadanía, y tener la legitimidad ciudadana implica que las cosas se están haciendo bien. Por ello la empresa pública debe buscar que el servicio a brindar sea de una calidad tal que pueda competir con posibles propuestas privadas; es decir, el ciudadano debe aceptar el servicio brindado por la empresa pública porque considera que es equiparable al servicio que pueda brindar una entidad privada.

Por su parte, la legitimidad legal implica que la empresa pública respete y cumpla lo estipulado tanto en el artículo 60° de la Constitución, y en los demás instrumentos legales pertinentes. Es decir, la actividad empresarial del Estado, materializada en la empresa pública, será legítima siempre y cuando se constituya como una actividad subsidiaria, esto es, siempre y cuando respete el principio de subsidiariedad empresarial.

Sobre este principio GUZMÁN afirma que es “la obligación que posee el Estado de realizar actividad empresarial únicamente ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo. El principio de subsidiariedad surge como una garantía de los particulares frente al Estado, a fin de asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de ámbito económico e impedir que el Estado realice actividades cuando ello no resulta indispensable”¹²⁰.

De esta manera, el principio de subsidiariedad se constituye en una piedra angular para el Estado, pues tutela la economía del país, razón por la cual se encuentra estipulado en el artículo 60° de la Constitución, es de obligatorio cumplimiento para todas las personas, naturales y jurídicas, y ha merecido pronunciamientos jurídicos constituidos en precedentes de observancia obligatoria.

¹²⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Ob. cit.*, p. 393.

Uno de estos precedentes de observancia obligatoria es la Resolución N° 3124-2010/SC1-INDECOPI, emitido por el Tribunal de INDECOPI. En este precedente se analiza el principio de subsidiariedad y su coherencia con el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal–, el cual fue promulgado para controlar que el Estado respete el principio. Así, a partir del precedente citado, la actividad empresarial del Estado estará acorde al principio de subsidiariedad siempre y cuando cumpla las tres siguientes reglas¹²¹.

Primero, se debe contar con una ley expresa, entendida esta como aquella ley que es discutida y aprobada por el Congreso de la República y que explícitamente considera que determinada actividad será desarrollada por una empresa pública.

Segundo, la actividad escogida, donde se restringe toda injerencia del agente privado, debe ser subsidiaria, por lo que se debe analizar la subsidiariedad de la actividad empresarial.

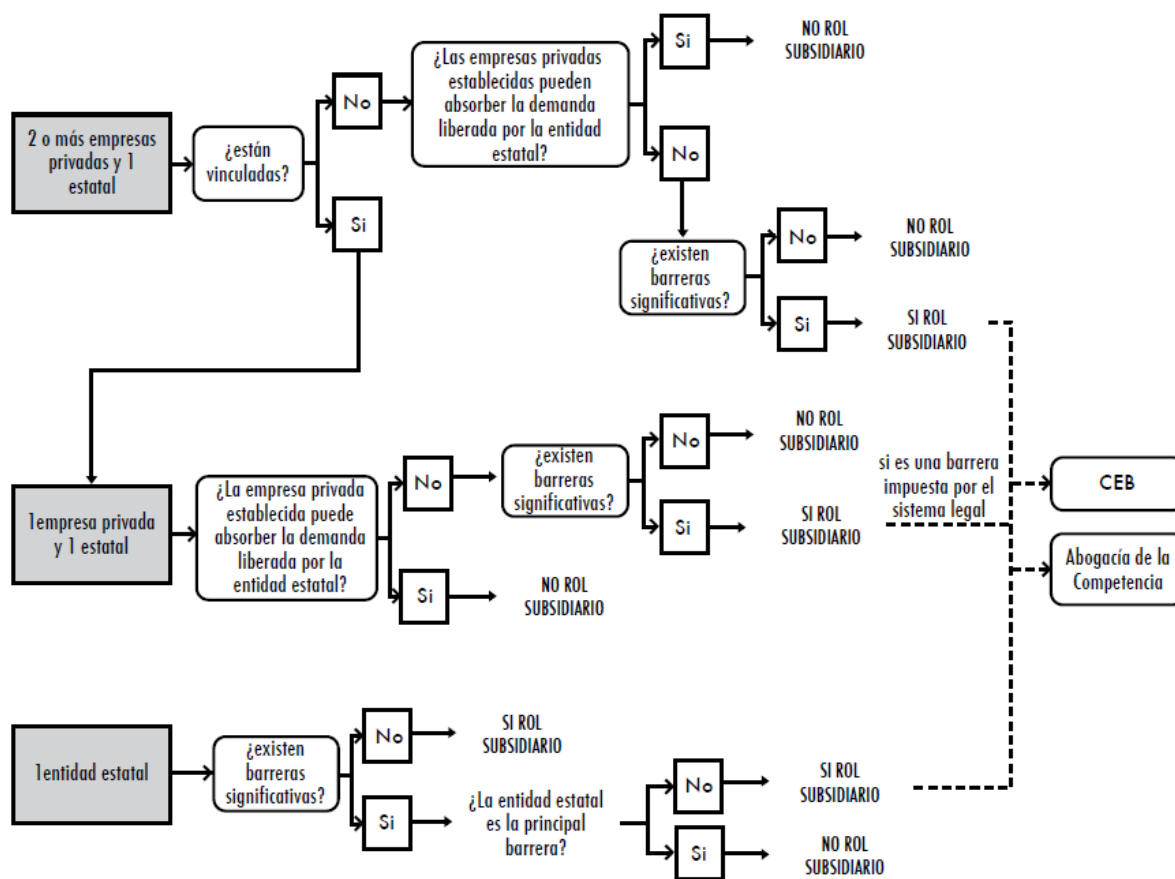
Y por último, dicha actividad debe ser de un alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Asimismo, a fin de analizar la subsidiariedad empresarial de la actividad, el Tribunal de INDECOPI formuló tres posibles escenarios contenidos en el siguiente gráfico¹²²:

¹²¹ Resolución N° 3124-2010/SC1-INDECOPI, Considerando segundo de la Resolución de la Sala. Consulta: 06 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Polleria-El-Rancho-Rol-Subsidiario-del-Estado-Peru.pdf>

¹²² Ibidem, anexo 1.

GRÁFICO Nº 3



A) Intervención de las Empresas Públicas en los servicios públicos

Guiándonos por el gráfico anterior, debemos entender que, a nivel de los servicios públicos, las empresas públicas se encuentran legitimadas para interactuar pues el desarrollo de aquellos sí se constituye como actividades subsidiarias luego de realizarse el respectivo examen de subsidiariedad.

Los servicios públicos, conforme han sido definidos anteriormente, se encuentran revestidos de alto interés público. Recordemos que el fin supremo de la Constitución es la defensa de la persona humana y su dignidad, y al ser los servicios públicos, en esencia, una actividad prestacional que atendería las necesidades básicas de la población, son de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional.

Lo que restaría entonces para que la actividad sea subsidiaria es que se promulgue una ley expresa que considere que la actividad será desarrollada por una empresa pública, y analizar los tres escenarios propuestos por el Tribunal de

INDECOPI que determinan si la actividad es subsidiaria o no. Es decir, en caso la actividad sea desarrollada por un agente privado y el mismo es proveído idóneamente, la actividad no será subsidiaria; no obstante, si la actividad proveída por el agente privado no cumple con las calidades necesarias para atender las necesidades de la población, entonces la actividad sí es subsidiaria y el Estado podría desarrollar dicha actividad.

Asimismo, en caso que la actividad sea desarrollada por una empresa pública y la misma instaure barreras burocráticas que impidan que entidades privadas ingresen al mismo sector a desarrollar la misma actividad, dicha actividad desarrollada por el Estado no podrá constituirse como una actividad subsidiaria.

De esta manera se reafirma que lo idóneo, respecto a los servicios públicos, es adoptar una perspectiva objetiva, ya que lo importante no es que el servicio sea brindado por el Estado sino que, indistintamente de quien brinde el servicio, el mismo cumpla su fin último: atender las necesidades de la población. Es por esto que se llega a la conclusión de que los servicios públicos deben ser prestados fundamentalmente por agentes privados; sin embargo, ante la falta de idoneidad de los privados o falta de interés para desarrollar dicha actividad, el Estado podrá desarrollar dicha actividad en atención al principio de subsidiariedad.

B) Intervención de las Empresas Públicas en los sectores estratégicos

Respecto a los sectores estratégicos, tal como puede suceder con los servicios públicos, existe una gran aversión a que el Estado se encuentre enfocado en desarrollar los mismos. Ello debido a que se critica la presencia del Estado en dichos sectores por no ser pertinente la injerencia del mismo en aquellas, y a la estigmatización a la que son sometidas las empresas públicas por considerarlas malas empresas por naturaleza. Posturas erróneas por sí mismas.

En primer lugar, sobre los sectores estratégicos habría que decir que son aquellos ámbitos económicos que implican una gran trascendencia para la economía del país debido a la gran influencia que ejercen en la misma por lo que deben estar orientados a atender intereses sociales. De esta manera se demuestra que el desarrollo de actividades en los sectores estratégicos es de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional, y en base a esto hay quienes se preguntan,

¿Por qué el Estado desarrollaría actividad empresarial en algunos sectores estratégicos y en otros no?

La razón de ello es el principio de subsidiariedad. Si consideramos que la agricultura y ganadería es tan importante como la minería o el sector hidrocarburos, entonces el Estado también debería desarrollar las primeras; pero no lo hace porque existen agentes privados que están interesados en las mismas y pueden brindarlas. De tal manera que, teniendo en cuenta el examen de subsidiariedad explicado anteriormente, en aquellos casos, en los que el Estado no brinda el servicio respectivo se debe a que dicha actividad no se constituye como subsidiaria. En caso el Estado desarrolle dichas actividades estaría manifiestamente vulnerando el Ordenamiento Jurídico y el mercado, ya que alteraría las condiciones de libre competencia.

De esta manera, solo restaría que se promulgue una ley expresa que autorice al Estado a desarrollar actividad empresarial en determinado sector estratégico, para que la actuación del Estado en dicho sector estratégico sea subsidiaria. Y deben descartarse esos temores por los que se prejuzgan a las empresas públicas, pues, como ya se ha manifestado, las empresas públicas no son malas empresas *per se*, lo que sucede es que existen factores exógenos y riesgos latentes que tienden a distorsionar su funcionalidad, originando que las mismas no cumplan con los objetivos para los que se constituyeron y se genere el mito de que el Estado es un mal empresario por naturaleza, y al menos el presente trabajo pretende disipar dichos temores.

2.4.2. El sentido correcto de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo N° 1044

Teniendo en cuenta lo expuesto en líneas precedentes, podemos afirmar que el Estado se encuentra habilitado para realizar actividad empresarial ya sea en torno a los servicios públicos o a los sectores estratégicos. Esto siempre y cuando la actividad a realizar haya aprobado el test de subsidiariedad, pues el Estado no puede asumir un doble rol, ya que distorsionaría su participación como agente protector del mercado. En caso el Estado sea indiferente a lo normado por la Constitución, su actuar arbitrario generaría más fallas de las que podría solucionar.

De esta manera, en aras de salvaguardar las condiciones de equilibrio del mercado para que los diversos agentes interactúen bajo las mismas condiciones, esto es, bajo la libre competencia, se promulga el Decreto Legislativo N° 1044. Este Decreto tiene por finalidad reprimir toda conducta de competencia desleal que, ya sea potencial o realmente, altere el proceso competitivo.

Este proceso competitivo, como manifiesta RIPPE, se caracteriza por los siguientes elementos: “a) una pluralidad de sujetos económicos; b) estos sujetos operan contemporáneamente o en una determinada unidad de tiempo; c) ofrecen productos o servicios homogéneos o sucedáneos, para satisfacer los mismos o similares necesidades, sobre el mismo mercado; d) el fin, adquirir o atraer para sí clientela para obtener el bien o el servicio, objeto de la competición”¹²³.

Para entender la razón por la que el Decreto Legislativo N° 1044 ha entrado en vigor, hay que tener en cuenta que se publicó durante el período en que aconteció el fenómeno de la privatización de la economía del Estado, pues en dicho período el Estado se encontraba enfocado en promover la inversión privada, otorgándole a los privados la seguridad de que el mercado se regirá por la ley de oferta y demanda; es decir, en el mercado van a competir los diversos actores en condiciones de libre competencia, con los mismos derechos y deberes, sin que quepa discriminación alguna.

Es por ello que, en una primera interpretación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 y del primer párrafo del artículo 60° de la Constitución Política, entendemos que el Decreto Legislativo N° 1044 pretende prohibir toda iniciativa empresarial del Estado en aras de tutelar la libre competencia. Ello porque se piensa que las empresas públicas participarían en el mercado en mejores condiciones que las empresas privadas, debido a que a las primeras se les concederían prerrogativas de las que no serían partícipes las empresas privadas, originando así desventajas injustas, distorsiones en el mercado y desincentivos a la inversión privada.

Dicha interpretación es errónea, pues no se tiene en cuenta lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución. Dicho párrafo establece que las empresas públicas y privadas deben recibir el mismo trato legal, por lo que

¹²³ Cfr. RIPPE citado en ROMAGOZA DE LÓPEZ BERTRAND, Rosa. *Manual sobre derecho de la competencia*, El Salvador, UNIVERSIDAD DR. JOSÉ MATÍAS DELGADO, 2010, p. 20.

deben operar bajo las mismas condiciones. Dicho artículo permite que el Estado pueda gozar de iniciativa privada, es decir, que pueda constituir empresas públicas, y que las mismas sean tratadas en las mismas condiciones en que son tratadas las empresas privadas, logrando de esta manera que se respeten las condiciones de libre competencia que rigen el mercado.

Realizando una interpretación sistemática del artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 y del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución, se puede concluir que no existe prohibición expresa para el Estado de realizar cualquier actividad empresarial, ya sea bajo el ámbito de los servicios públicos o de los sectores estratégicos; sino que el Estado puede realizar dicha actividad, más aún debe comportarse y ser tratado como un agente privado más, al que se le debe de aplicar la normativa respectiva.

Coincidimos con CÉSPEDES cuando afirma que el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución puede ser interpretado de la siguiente manera: “La autorización por ley expresa que disponga la creación de una empresa del Estado o permite el ejercicio de la actividad empresarial por parte de una entidad del Estado deberá obligatoriamente realizar el análisis de subsidiariedad de la actividad empresarial en cuestión en relación con la actividad privada en dicho mercado y del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para la existencia de la misma, de lo contrario no podrá ser aprobada por el Congreso o será declarada como inconstitucional en caso fuera promulgada”¹²⁴. De esta forma, el real sentido de la Ley de Represión de la Competencia Desleal sería entendido como: vituperar solo aquella actividad empresarial estatal que no se constituye como subsidiaria, y no toda iniciativa empresarial del Estado, para lo cual se deberá tener en cuenta lo normado en el artículo 60° de la Constitución.

2.4.3. Análisis de la subsidiariedad de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN

En tanto el presente trabajo pretende demostrar que el Estado puede realizar actividad comercial de manera subsidiaria tan igual que un agente privado, se han elegido tres Empresas Públicas para realizar este fin. Cabe decir que estas empresas se encuentran estratégicamente próximas y pueden complementarse

¹²⁴ CÉSPEDES ZAVALA, Adolfo. "Comentario a la resolución 3134-2010/SCI-INDECOPI", *Revista Jurídica del Perú*, N° 122, Abril 2011, p. 389.

entre ellas para mejorar el servicio brindado y hacerlo tan eficiente que pueda satisfacer las necesidades demandas por la población. Así, estas empresas son la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA, la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. – EGASA y la Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. –SAN GABÁN; las cuales tienen mucho potencial para concretar el fin de este trabajo, esto es, la creación de un holding estatal. Pero, para realizar este objetivo es preciso primero analizar la subsidiariedad de las mencionadas empresas pues así se justificaría su actuación y, por ende, la creación de un holding estatal enfocado en el sector eléctrico.

Como hemos visto, la subsidiariedad depende del cumplimiento de tres elementos. Por lo tanto, iniciaremos este análisis con el primer elemento, esto es, la existencia de una ley expresa, debatida y aprobada por el Congreso, la cual debe habilitar a determinada empresa la realización de la actividad sobre la cual se ha debatido la subsidiariedad. Por esto, analizaremos la ley habilitante de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN.

Para entender este punto, previamente debemos señalar que una de las reformas de la Ley General de Electricidad fue la creación de empresas regionales del servicio de electricidad en virtud del artículo 133° de la mencionada ley. Y en el proceso de privatización de las empresas públicas se emitió la Resolución Suprema N° 355-92-PCM. Mediante esta resolución, INDECOPI analizó la subsidiariedad de las empresas regionales del servicio de electricidad, y concluyó que la Ley General de Electricidad constituía ley expresa habilitante para dichas empresas. De acuerdo a los artículos 3°, 20° y 22° de la citada ley, las empresas regionales del servicio de electricidad eran consideradas filiales de ELECTROPERU y expresamente se les habilitó para brindar el servicio de electricidad dentro del área asignada por el MINEM, motivo por el cual INDECOPI estableció que la participación de dichas empresas era subsidiaria.

Lo acotado no es aplicable a ninguna de las empresas *sub examine* porque ninguna fue constituida bajo el amparo de la Ley General de Electricidad. Con respecto a EGEMSA y EGASA, ambas son empresas de generación constituidas en el año 1993 mediante la Resolución Suprema N° 165-93-PCM, esto es, cuando ya se había derogado la Ley General de Electricidad. Además, no pueden ser calificadas como empresas regionales del servicio de electricidad, porque hasta la

fecha no se les ha asignado un área de responsabilidad, condición *sine qua non* para su calificación como tal, conforme a lo regulado en el artículo 22° de la Ley General de Electricidad.

Respecto a SAN GABÁN, esta empresa de generación fue constituida en el año 1997 por acuerdo de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), esto es, cuando la Ley General de Electricidad ya había sido derogada. Por ende, considerando lo expuesto, SAN GABÁN tampoco podría ser calificada como empresa regional del servicio de electricidad.

Sin embargo, el incumplimiento de este requisito es subsanable por la importante participación de estas empresas en el sector eléctrico. Estas empresas cubren una importante demanda que difícilmente podría ser cubierta por empresas privadas, conforme se explicará más adelante. Además, la satisfacción de dicha demanda por parte de estas empresas permite reducir los márgenes de pobreza, mejorar la calidad de vida de la población y lograr un crecimiento económico equitativo para todos los ciudadanos; asimismo, impide una desaceleración de la economía por debajo del margen permitido.

Por otro lado, como se puede observar, EGEMSA y EGASA fueron constituidas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, y SAN GABÁN fue constituida después que entrara en vigencia la Constitución de 1993. Es decir, ninguna de las empresas en estudio respeta lo consagrado en el artículo 60° de la Constitución, la subsidiariedad, y aun así realizan la actividad de generación de electricidad. Craso error que puede y debe ser regularizado mediante la emisión de la correspondiente ley expresa que habilite a las empresas *sub examine* a realizar la actividad de generación de electricidad en el sector en el que actualmente se vienen desempeñando.

El segundo elemento para calificar como subsidiaria la participación de las empresas públicas es que la actividad sea subsidiaria, entendida esta en los términos anteriormente expuestos.

En primer lugar, se debe indicar que de no considerarse subsidiaria la participación de las empresas *sub examine*, las empresas privadas elegidas para reemplazarlas podrían realizar las actividades desarrolladas por toda empresa de generación de electricidad, conforme a lo estipulado en la Ley de Concesiones Eléctricas; esto es, podrían vender y/o comprar energía y potencia en el COES-

SINAC de otras empresas generadoras, así como vender energía y potencia a empresas distribuidoras y a clientes libres (clientes cuyas demandas sean superiores a 0.2 MW de potencia). De esta manera, las empresas privadas deberían asumir la demanda atendida por las empresas de generación, es decir, la solicitada por empresas de distribución de electricidad, por usuarios libres y por otras empresas de generación de electricidad.

Ahora, como se ha explicado, antes de realizar actividad comercial, el Estado debe promover la realización de la misma por parte de agentes privados, a fin de salvaguardar la libre competencia y evitar fallas en el mercado. Así, en atención al principio de subsidiariedad, el Estado solo podrá participar en el mercado de forma subsidiaria, es decir, siempre y cuando el agente privado no pueda desarrollar la actividad comercial realizada por el Estado o no se encuentre interesado en realizar dicha actividad porque no le es rentable.

En este sentido, en el año 2006 el Estado promulgó la Ley N° 28832 – Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica – mediante la cual pretendía mejorar el sistema eléctrico y promover la inversión privada en el sector electricidad, pues en aquella se establecía que “en el proceso de otorgamiento de Buena Pro a las ofertas económicas correspondientes a proyectos hidroeléctricos, para efectos de la evaluación se les aplicará un factor de descuento, el mismo que será establecido en las Bases y determinado conforme lo establezca el Reglamento”¹²⁵.

Sin embargo, a pesar de este estímulo, no existió iniciativa privada para desarrollar proyectos de generación hidroeléctrica. Motivo por el cual ha sido el Estado quien ha diseñado los proyectos y los ha convocado a licitación, pues así aseguraba la participación del sector privado en el mercado eléctrico; sin embargo, esta clase de incentivos exceden el tenor de la Ley de Concesiones Eléctricas, en tanto esta ley no prescribió la concesión de los mismos en aras de desarrollar proyectos de generación hidroeléctrica.

Posteriormente, el Estado promulgó el Decreto Legislativo N° 1002 – Decreto Legislativo de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el Uso de Energías Renovables–, con la finalidad de diversificar la matriz energética. De esta forma, en base al artículo 7.1 del mencionado decreto, hasta la fecha se

¹²⁵ Artículo 4.6 de la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica

han convocado cuatro subastas, en las cuales cada adjudicatario se compromete a proveer el volumen de electricidad adjudicada a cambio obtener un ingreso anual garantizado. Cabe mencionar que el referido ingreso constituye una clase de incentivo que, al igual que el anterior incentivo citado, excede el tenor de la Ley de Concesiones Eléctricas por no estar prescrita su concesión en aquella ley.

El despliegue de estos esfuerzos por incentivar la participación del sector privado en el mercado eléctrico se debe al constante incremento anual de la demanda de energía eléctrica, la cual, según estadísticas del 2018 del COES, en el año 2001 la demanda máxima era de 2792.2 MW y en el 2018 aquella ascendió a 6884.6 MW¹²⁶. Este incremento de la demanda ha sido secundado por el incremento de la producción de energía, la cual actualmente es suficiente para abastecer la demanda; sin embargo, no podría serlo en los siguientes años, debido a que la misma sufrirá un incremento inusual como consecuencia del inicio de importantes proyectos mineros, entre ellos la ampliación de Toquepala, la de Toromocho, el inicio de proyectos como Quellaveco, Mina Justa, Pampa de Pongo, Tía María y Michiquillay.

Por ello es necesaria la ejecución de nuevos proyectos de generación eléctrica y la operación comercial de los mismos, así como la diversificación de la matriz energética, porque actualmente, según datos del COES, la demanda máxima es atendida en un 57.70% por las centrales de generación hidroeléctrica, en un 38.71% por las centrales de generación termoeléctrica y en un 3.59% por las centrales de generación eólica¹²⁷. Es decir, nuestro mercado eléctrico tiene una fuerte dependencia por las centrales de generación hidroeléctrica y termoeléctrica, lo cual implica asumir riesgos de desabastecimiento ante posibles contingencias que puedan afrontar dichas centrales y les impida brindar el servicio de generación eléctrica en condiciones idóneas.

Asimismo, este poco interés de los agentes privados por desarrollar proyectos de generación eléctrica, principalmente a través de recursos energéticos renovables, a pesar de los estímulos brindados por el Estado, nos permite concluir que la participación de las empresas estatales de generación eléctrica se realiza de

¹²⁶ COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL. *Producción de electricidad del SEIN*. [ubicado el 10.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.coes.org.pe/Portal/Publicaciones/Estadisticas/>

¹²⁷ Ídem.

manera subsidiaria. Esta menor participación del sector privado puede explicarse por la existencia de una menor confianza empresarial, pues recordemos que, de acuerdo a las estadísticas citadas en otro acápite, la confianza empresarial se ha revisado a la baja, y esto implica una disminución de la inversión privada, lo cual quiere decir que existe un menor interés de los agentes privados para desarrollar cualquier proyecto de inversión, esto incluye a los proyectos de generación eléctrica.

Esta situación perjudica directamente al crecimiento del PBI, pues gracias a la inversión privada el principal ingreso económico del país proviene de las actividades mineras, las cuales están siendo seriamente afectadas por la menor confianza empresarial y porque el precio de las materias primas está disminuyendo y afectando sus exportaciones. Originando esta situación un mayor déficit fiscal, mayor pobreza y generará una inadecuada provisión del servicio eléctrico, ya que el ingreso percibido por las actividades mineras permite reducir las brechas sociales arrastradas por el país, siendo una de ellas el acceso universal al servicio de electricidad a través del FISE y las empresas estatales de generación de electricidad.

En este sentido, dadas las actuales condiciones económicas, las cuales, según las estimaciones anteriormente expuestas, no tienden a aminorarse en los próximos años, podemos suponer que si actualmente es mínima la iniciativa privada para desarrollar proyectos de generación eléctrica, ya sea a través del recurso hídrico o de recursos energéticos renovables, a pesar de los incentivos realizados por el Estado para motivar su participación, en los próximos años esta falta de interés podría mantenerse porque mediante esta abstención los agentes privados estarían salvaguardando sus intereses económicos.

Por ello se justifica la participación de las empresas públicas de generación de electricidad, y, además, debido a la situación descrita, apremia el desarrollo de proyectos de generación eléctrica con recursos energéticos renovables a fin de diversificar la matriz energética, asegurar el abastecimiento de la actual demanda eléctrica y la futura producto de los nuevos proyectos mineros, así como garantizar un acceso universal al servicio de electricidad. No obstante, actualmente el Estado no podría realizar proyectos de generación eléctrica al no poder financiarlos, pues si contara con los suficientes recursos, dadas las

condiciones descritas, nada podría impedir la realización de proyectos de generación eléctrica por parte del Estado. Lo cual, dicho sea de paso, ha sucedido, por ejemplo, con el Estado de Noruega, el cual está desarrollando proyectos de generación eléctrica a través de recursos energéticos renovables.

Por último, el tercer elemento para calificar como subsidiaria la participación de las empresas públicas es que la actividad sea de interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Como anteriormente se ha explicado, el Estado puede realizar actividad comercial tanto en actividades calificadas como servicio público como en aquellas pertenecientes a sectores estratégicos. Por lo tanto, en primer lugar, debemos precisar que, aun cuando el servicio de electricidad constituye un servicio público, la actividad de generación de electricidad no puede ser calificada como tal, pues formalmente el artículo 2º de la Ley de Concesiones Eléctricas prescribe que “constituyen Servicios Públicos de Electricidad: a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, b) La transmisión y distribución de electricidad”.

No obstante, no puede cuestionarse la importancia que tiene el servicio de generación de electricidad para la población y para la economía del país. Para la población, porque del servicio de generación depende el desarrollo de dos actividades, la actividad de transmisión de electricidad y la actividad distribución de electricidad, las cuales constituyen servicio público y son imprescindibles para abastecer la demanda de electricidad solicitada por la población. Asimismo, el desarrollo de la actividad de generación de electricidad es importante para la economía del país por la demanda de energía solicitada por las empresas mineras, cuyos ingresos económicos son importantes para la sostenibilidad y crecimiento de la economía.

Por estas razones, podemos afirmar que la prestación del servicio de generación de electricidad constituye una actividad tanto de interés público como de manifiesta conveniencia nacional, y, por ende, es justificada la participación del Estado en el sector electricidad mediante las empresas generadoras de electricidad. Más aún si consideramos que el régimen económico adoptado por el país, conforme al artículo 58º de la Constitución, es el de la Economía Social de

Mercado, en virtud del cual el Estado debe salvaguardar el bienestar de los ciudadanos, especialmente su calidad de vida, sin llegar al extremo de ser esencialmente asistencialista; fin procurado a través de la participación de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN en el sector electricidad al desarrollar la actividad de generación de electricidad.

CAPÍTULO III

PROPUESTA: CREACIÓN DE UN HOLDING ESTATAL

3.1. Alcances y desafíos en la gestión de las Empresas Públicas

Luego de analizar la participación de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN en el sector electricidad, a partir del principio de subsidiariedad, y habiéndose demostrado que las citadas empresas participan de forma subsidiaria en el referido sector, expondremos cómo se encuentra el mercado eléctrico y el desempeño logrado por las citadas empresas en aquel mercado, a fin de determinar si: 1) existen razones de carácter económico por las cuales deba seguir permitiéndose la operación comercial de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN; 2) lo más recomendable es que las empresas *sub examine* continúen participando de manera individual o mejor deberían participar como un grupo comercial especializado.

Con respecto al mercado eléctrico, hemos señalado que actualmente la producción de electricidad es suficiente para abastecer la demanda; pero es necesario explicar esta situación con mayor detenimiento, pues este mercado está atravesando un período de sobreoferta, la cual está afectando el rendimiento de las empresas de generación de electricidad. La sobreoferta se originó porque algunas empresas de generación han comprado electricidad a otras empresas de generación para luego venderla a usuarios libres; cabe mencionar que la tarifa de electricidad en las transacciones entre empresas de generación es menor a la tarifa pagada por los usuarios libres, porque esta es establecida de acuerdo a la

oferta y demanda, mientras en el primer caso la tarifa obedece a los costos incurridos en la producción de la electricidad¹²⁸.

Esta situación ha afectado el margen comercial de EGEMSA, éste ha disminuido un 1.72%, registrando la empresa un nivel de cumplimiento de 27.36%, como resultado de la migración de los clientes regulados con demanda superior a 200KW al mercado libre, esto debido a las mejores condiciones económicas que ofrece el mercado libre, esto es, una tarifa más barata¹²⁹.

En el caso de EGASA, la sobreoferta de energía es una de las razones por las cuales al finalizar el año 2018 la Junta General de Accionistas decidió desactivar la central térmica Pisco; producto de la sobreoferta disminuyeron los ingresos percibidos por aquella central, lo cual afectó económicamente a EGASA, pues en el año 2018 su producción total de energía eléctrica se redujo en 25% respecto al año anterior a causa de la menor generación térmica¹³⁰.

La otra razón, vinculada a la expuesta, por la cual se desactivó la central térmica Pisco, es el establecimiento de nuevas condiciones para determinar el costo variable a declarar por aquellas centrales de generación cuyo recurso es el gas natural. Al respecto, cabe decir que las centrales térmicas incurren en dos tipos de costos, los fijos y los variables.

Los costos fijos están relacionados al suministro de combustible necesario a las centrales térmicas para que éstas puedan producir energía eléctrica. Las centrales de generación cuyo recurso es el gas natural precisan firmar contratos de suministro de este recurso para asegurar su producción de energía eléctrica, siendo estos contratos los denominados *take or pay*, los cuales constituyen los costos fijos de las centrales térmicas, pues, en virtud de estos contratos, las referidas centrales están obligadas a pagar por el gas contratado independientemente de si finalmente lo consumen o no¹³¹.

¹²⁸ RAMOS ARECHAGA, Eduardo. *La reforma eléctrica 2019: Tres pilares para su implementación*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <http://prometheo.pe/la-reforma-electrica-2019-tres-pilares-para-su-implementacion/>

¹²⁹ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. *Memoria Anual 2018*, Cusco, EGEMSA, 2019, p. 23.

¹³⁰ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. *Memoria Institucional Ejercicio 2018*, Arequipa, EGASA, 2019, p. 3.

¹³¹ GUTIERREZ, Claudia. *Guerra eléctrica: todo lo que necesitas saber para entender la distorsión del sector*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <https://semanaeconomica.com/articulo/sectores-y-empresas/energia/361514-guerra-electrica-todo-lo-que-necesitas-saber-para-entender-la-distorsion-del-sector/>

Los costos variables son los incurridos por las centrales térmicas en el transporte del gas natural y en la transmisión de energía eléctrica.

En este sentido, a fin de asegurar la prestación del servicio de electricidad, se creó el concepto del costo marginal idealizado mediante el Decreto de Urgencia N° 049-2008, el cual establecía que “los costos marginales se calculan bajo el supuesto de que no hay restricciones en la capacidad de transporte de gas natural o de transmisión eléctrica”¹³². Como consecuencia de esto, las centrales térmicas declaraban costos variables cercanos a cero y esto afectaba el mercado eléctrico.

A fin de solucionar esto, se publicó el Decreto Supremo N° 039-2017-EM. Este estableció “que, las centrales que utilizan el gas natural, han venido declarando costos bajos, en algunos casos cercanos a cero, ocasionando que el precio del Mercado de Corto Plazo esté en niveles por debajo de los costos reales de generación, y se distorsione la señal de precios; (...) los bajos valores de Costos Marginales de Corto Plazo han originado que no se cubran los ingresos garantizados de las Generadoras RER adjudicatarias; teniendo que cubrir tal diferencia, los Usuarios a través de la Prima RER”.

Por estas razones, se suspendió la declaración del precio único de gas natural de las centrales térmicas, y, posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 043-2017-EM, se les otorgó un plazo adicional para realizar dicha declaración, en la cual debieron tomar en cuenta las nuevas condiciones para determinar el costo variable, establecidas en el citado Decreto Supremo, esto es, debieron tomar en cuenta tanto los costos fijos como los variables, es decir, los costos de suministro, transporte y distribución del gas natural.

A las centrales les conviene mantener costos variables bajos a fin de tener prioridad en la venta de energía eléctrica en el mercado spot; en este mercado, de acuerdo a normativa del COES, las empresas venden energía eléctrica según su costo de producción, es decir, según su costo variable, por lo cual aquellas empresas cuyo costo variable es menor tienen primacía sobre aquellas cuyo costo es superior, para vender energía eléctrica¹³³.

¹³² EQUILBRIUM. *Análisis del sector eléctrico peruano: Generación*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.equilibrium.com.pe/sectorialelectrmar18.pdf>

¹³³ Cfr. COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL. *Metodología a utilizar para realizar la asignación del despacho económico y la Reserva para RSF*

Como resultado de las circunstancias descritas, la central térmica Pisco fue seriamente afectada en el ranking de prioridad para vender su producción de energía eléctrica en el mercado spot, pues sus costos variables son superiores a las de otras centrales de generación térmica. Esto afectó seriamente a EGASA, dado que los ingresos totales por venta de energía eléctrica tuvieron un decrecimiento del 13.91% por menor producción de energía¹³⁴. Siendo esta la razón por la cual a finales del año 2018 se decidió desactivar la mencionada central.

Con respecto a SAN GABÁN, la crisis del mercado eléctrico también la ha afectado económicamente, pues, al igual que EGEMSA, su margen comercial del año 2017 es 18.3% menor respecto al año 2016, registrando un margen comercial de 71, 1 millón de soles¹³⁵.

A pesar de lo expuesto no debería subestimarse a las empresas *sub examine* pensando que son económicamente ineficientes. Si son comparadas con las empresas privadas de generación de electricidad, es evidente la amplia diferencia existente entre ambos tipos de empresas, más aún si observamos el grado de participación obtenido por ambos en el mercado eléctrico. De acuerdo a cifras de OSINERGMIN, en el año 2018, EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN obtuvieron una participación ascendente a 1.18%, 2.02% y 0.90%, respectivamente; y entre las empresas privadas de generación de electricidad con mayor participación se encuentran ENEL GENERACIÓN S.A. (17.58%), ENGIE ENERGÍA PERU S.A. (17.35%), CERRO DEL ÁGUILA S.A. (7.03%) y STATKRAFT PERU S.A. (3.79%)¹³⁶.

De esto observamos, dos cosas. En primer lugar, las empresas públicas tienen una participación mucho menor a las empresas privadas; no obstante, a partir de esto no se puede inferir que las primeras no puedan ser tan eficientes como las segundas, más aún cuando los resultados financieros de EGEMSA, EGASA y

(PR-22). [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.coes.org.pe/Portal/MarcoNormativo/DecisionesEjecutivasNotasTecnicas>

¹³⁴ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. *Ob. cit.*, p. 103.

¹³⁵ EMPRESA DE GENERACIÓN SAN GABÁN S.A. *Memoria Anual 2017*, Puno, SAN GABÁN, 2017, p. 63.

¹³⁶ Cfr. OSINERGMIN. *Participación de las empresas GENERADORAS en el mercado del sistema eléctrico*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/electricidad/Documentos/Publicaciones/Participacion-Empresas-Mercado-Elctrico-2018.pdf

SAN GABÁN no se limitan a los ya expuestos. En segundo lugar, en el capítulo anterior hemos citado algunos ejemplos de empresas públicas eficientes y entre ellas se encontraba la empresa pública de Noruega, Statkraft, la cual, habíamos dicho, operaba comercialmente no solo en Noruega sino, también en otros países. De acuerdo a los datos citados de OSINERGMIN corroboramos que Statkraft opera comercialmente en Perú y es una de las empresas con mayor participación en el sector electricidad. A partir de esto se demuestran dos cosas: 1) una empresa pública puede operar tan eficientemente como una empresa privada respetando la libre competencia; y, 2) las falencias de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN pueden ser enmendadas en tanto estas empresas actualmente no registran una pésima operación comercial.

EGEMSA es una empresa pública de generación de electricidad cuyas acciones pertenecen en su totalidad al Estado representado a través del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE. EGEMSA cuenta con una potencia instalada de 208.07 MW la cual es distribuida en sus dos centrales de generación de electricidad, la central hidroeléctrica Machupicchu cuenta con el 92.49% de la totalidad de la potencia instalada y el 7.51% de la totalidad de la potencia instalada la tiene la central térmica Dolorespata¹³⁷. No obstante, este no es todo el patrimonio de EGEMSA pues el mismo también incluye: la subestación Cachimayo; la ampliación subestación Cachimayo 138/60/22,9 kV; la subestación Dolorespata; la línea de transmisión 138 kV, Machupicchu – Cachimayo; la línea de transmisión 138 kV, Machupicchu – Quencoro; la línea de transmisión 138 kV, Cachimayo – Dolorespata; y el taller central de mantenimiento¹³⁸. Con lo cual la utilidad neta de EGEMSA durante el 2018 asciende a S/. 46 651 502.06. Además, en el 2018 la empresa evaluó la satisfacción de sus clientes en base a los lineamientos de la “Encuesta Estandarizada de Satisfacción al Cliente” por las empresas del Holding de FONAFE, obteniendo un promedio anual de 82.4%¹³⁹, como consecuencia de la mejor percepción que tienen los clientes sobre EGEMSA.

Por su parte, EGASA es una empresa pública de generación de electricidad cuyas acciones pertenecen en su totalidad al Estado representado por medio del

¹³⁷ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. *Ob. cit.*, p. 34.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 56.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 54.

FONAFE. EGASA cuenta con una potencia instalada de 310.44 MW distribuida en sus nueve centrales de generación de electricidad, las cuales son de dos tipos, las centrales hidroeléctricas y las centrales térmicas. Las primeras representan el 57% de la totalidad de la capacidad instalada y están conformadas por las centrales hidroeléctricas Charcani I, II, III, IV, V y VI, donde a Charcani V le pertenece el 83% de la capacidad instalada de las centrales hidroeléctricas. Las centrales térmicas representan el 43% de la totalidad de la capacidad instalada y están conformadas por las centrales Chilina, Mollendo y Pisco, donde a esta última representa el 56% de la capacidad térmica instalada¹⁴⁰.

Además, de la totalidad de energía eléctrica producida en el año 2018 por EGASA, el 8.26% fue producida con recurso térmico, el cual representa el 0.45% de la totalidad de energía termoeléctrica producida por todas las centrales térmicas del SEIN, y 91.74% fue producida con recurso hidroeléctrico, el cual representa el 3.25% de la totalidad de energía hidroeléctrica producida por todas las centrales hidroeléctrica del SEIN¹⁴¹.

Asimismo, debemos señalar que, según datos del COES, en Arequipa operan comercialmente cinco empresas de generación de electricidad: SAMAY, REPARTICIÓN SOLAR, MAJES SOLAR, GEPSA, STATKRAFT PERU, EGASA¹⁴². Y el día de la máxima demanda de Arequipa, la oferta propia de la región cubrió el 25,41%, donde el 97,44% fue suministrado por EGASA¹⁴³.

Por otro lado, en el 2018 EGASA evaluó la satisfacción de sus clientes en base a los lineamientos de la “Encuesta Estandarizada de Satisfacción al Cliente” por las empresas del Holding de FONAFE, obteniendo un promedio anual de 85.10%¹⁴⁴, como consecuencia de la mejor percepción que tienen los clientes sobre la empresa.

Con respecto a SAN GABÁN, esta es una empresa pública de generación de electricidad cuyas acciones pertenecen en su totalidad al Estado representado a por el FONAFE. SAN GABÁN cuenta con una potencia instalada de 110.0 MW la

¹⁴⁰ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. *Ob. cit.*, p. 17.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 19-33.

¹⁴² COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL. *Producción de electricidad del SEIN*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.coes.org.pe/Portal/Publicaciones/Estadisticas/>

¹⁴³ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. *Ob. cit.*, p. 35.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 54.

cual le pertenece a su central hidroeléctrica San Gabán II¹⁴⁵. No obstante, este no es todo el patrimonio de SAN GABÁN pues el mismo también incluye tres líneas de transmisión con una tensión, cada una, de 138 kV, estas son la línea de transmisión San Rafael – Azángaro, San Gabán II – Azángaro, San Gabán II – San Rafael¹⁴⁶. Además, en el 2017 la empresa evaluó la satisfacción de sus clientes en base a los lineamientos de la “Encuesta Estandarizada de Satisfacción al Cliente” por las empresas del Holding de FONAFE, obteniendo un promedio anual de 80.4%¹⁴⁷, como consecuencia de la mejor percepción que tienen los clientes sobre SAN GABÁN.

Cabe agregar que en el año 2018 todas las empresas públicas generadoras de electricidad son responsables del 20% de la totalidad de energía eléctrica producida, en la cual EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN han aportado el 2.53%, 2.05% y 1.58%, respectivamente¹⁴⁸.

Así, queda demostrada la importancia de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN para el abastecimiento de energía eléctrica en las regiones del Cusco, Arequipa y Puno, respectivamente. Y aunque actualmente la demanda puede ser abastecida con la oferta existente; como se ha dicho, esto no podría serlo en los siguientes años, debido a un incremento inusual de la demanda como consecuencia del inicio de importantes proyectos mineros, pues “se estima que para los próximos seis años los proyectos mineros generarían una demanda adicional de 1,437 MW, por lo que el Perú podría experimentar un déficit energético para el año 2025, siempre y cuando no asegure una mayor diversidad de fuentes energéticas. Una realidad similar para una gran mayoría de mercados, que incluso lo viven actualmente”¹⁴⁹.

Debido a esto, es preciso diversificar la matriz energética, y para ello es obligatorio realizar investigaciones a fin de desarrollar nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas, y para iniciar dichas investigaciones es preciso contar con el correspondiente financiamiento. En este punto, las empresas públicas *sub examine* encuentran un escollo legal.

¹⁴⁵ EMPRESA DE GENERACIÓN SAN GABÁN S.A. *Ob. cit.*, p. 44.

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 68.

¹⁴⁸ EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. *Ob. cit.*, p. 36.

¹⁴⁹ DE LA VEGA, Beatriz. “Apuesta energética”, *Revista Execution*, Vol. VI, junio 2019, p. 26.

El obstáculo legal se origina en la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; en ésta se establece que las empresas públicas estructuralmente se encuentran dentro del Poder Ejecutivo, a quien se le encarga determinar el ámbito de actuación de las empresas públicas, constituir las bajo una forma jurídica empresarial y su constitución debe respetar el principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución¹⁵⁰. Pero, las empresas públicas son tratadas en el título IV de la mencionada ley, denominado “Las entidades públicas del Poder Ejecutivo”, con lo cual se origina un problema sobre el concepto y la naturaleza de las empresas públicas, pues, por un lado, las empresas públicas son consideradas entidades públicas y, por otro, se les otorga una finalidad comercial¹⁵¹.

Esta situación se agudiza en tanto la citada ley no brinda una definición de las empresas públicas. Por lo tanto, si se constituyera una sociedad comercial y fuera calificada como empresa estatal, ésta no podría actuar en el mercado ni generar ganancias, y su desempeño estaría supeditado al presupuesto asignado por el Estado, pues estas son las características de una entidad pública, y, de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, las empresas públicas son consideradas entidades públicas. Si consideramos graves estas consecuencias, debemos decir que las mismas se agravan al aplicarse el desarrollo expuesto a las empresas de generación de electricidad, pues, bajo estas condiciones, no sería sostenible la operación comercial de aquellas y deberían desactivarse, afectándose el suministro de electricidad y el bienestar de la población que precisa de la energía eléctrica.

Así, es indiscutible que las empresas públicas tienen un fin lucrativo, y, por lo tanto, no deben ser consideradas entidades públicas. Por ello, respecto a su régimen de financiamiento, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo nos remite a las normas de la actividad empresarial del Estado, es decir, a las normas de FONAFE.

¹⁵⁰ Cfr. Art. 41° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

¹⁵¹ El artículo 42° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo estipula: “las normas sobre objetivos, organización, funcionamiento, régimen económico y financiero, régimen laboral, sistemas administrativos y evaluación de las Empresas de Propiedad del Estado, que se encuentren dentro del ámbito del Gobierno Nacional, se establecen observando lo dispuesto por las normas de la actividad empresarial del Estado, según corresponda”

FONAFE tiene una política de endeudamiento, mediante la cual, a petición de sus empresas, puede autorizar financiamientos de largo plazo destinados a proyectos de inversión o a capital de trabajo, con periodos de gracia máximo de un año y en los casos de proyectos de inversión se pueden considerar mayores periodos de gracia; asimismo, esta política les permite a las empresas de FONAFE endeudarse entre ellas; no obstante, esta alternativa se encuentra supeditada a la liquidez, disponibilidad y conveniencia del prestamista¹⁵², motivo por el cual no resulta ser una adecuada alternativa de financiamiento, pues esta condición la convierte en incierta y poco predecible. Además, el acceso a este financiamiento requiere la aprobación previa del Ministro de economía y finanzas, así como coordinaciones y gestión de informes técnicos y económicos¹⁵³.

Todo esto hace muy complejo acceder a este tipo de financiamiento, el cual “debe estar orientado a generar valor en la empresa, sin que ello signifique que la rigidez de este tipo de procedimientos públicos transversales sea una dificultad para su desarrollo”¹⁵⁴. Por otro lado, cabe indicar que en las decisiones sobre el financiamiento de las empresas públicas debería evitarse la politización, de modo que dichas decisiones deberían ser adoptadas por el directorio de la empresa interesada y no por terceros como FONAFE, cuyo directorio está conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de economía y finanzas, el de transportes y comunicaciones, el de vivienda, construcción y saneamiento, y el de energía y minas¹⁵⁵, quienes no conocen las necesidades de la empresa al no estar involucrados en la gestión empresarial de la misma.

De este modo, como alternativa de financiamiento podemos considerar que en tanto formalmente las empresas públicas son consideradas entidades públicas, en

¹⁵² FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Lineamientos que regulan la gestión de los préstamos otorgados por FONAFE y por las empresas no financieras bajo su ámbito*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/leyes/42/Doc/4.4.4.16.3%20Lineamientos%20que%20regulan%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20los%20pr%C3%A9stamos.pdf

¹⁵³ FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Lineamiento corporativo: “Lineamientos de gestión de endeudamiento”*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/leyes/42/Doc/4.4.4.16.1%20Lineamiento%20de%20Gesti%C3%B3n%20de%20Endeudamiento.pdf

¹⁵⁴ CORNEJO PAREJA, Vicky Daniela. *El régimen de financiamiento de la empresa estatal de Distribución Eléctrica: Análisis de su inclusión en el Sistema Nacional de Endeudamiento, a propósito del Artículo 60° de la Constitución Política del Perú*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa, Lima, P.U.C.P., 2018, p. 28.

¹⁵⁵ Cfr. Art. 9° del Decreto Supremo N° 072-2000-EF – Reglamento de la Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.

teoría se les podría aplicar los Sistemas Administrativos regulados en el artículo 46º de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, dado que estos han sido constituidos para aplicarse a todas las entidades públicas sin discriminación alguna. Entre los Sistemas Administrativos se encuentra el Sistema Nacional de Endeudamiento regulado por la Ley Nº 28563 – Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento. Mediante este sistema, las empresas públicas pueden acceder a un financiamiento reembolsable pactado en un plazo de hasta 1 año o menos, este financiamiento es denominado endeudamiento de corto plazo¹⁵⁶.

El inconveniente de este tipo de financiamiento para las empresas de generación de electricidad es el plazo, pues en un año no podrían ejecutar su proyecto de inversión, percibir la tarifa producto de dicha inversión y con esta cumplir la obligación crediticia, pues para ejecutar el proyecto deben incurrir en gastos que requieren un desembolso inmediato, afectándose así el cumplimiento de la obligación crediticia. Por ello se afirma que el Sistema Nacional de Endeudamiento Público “está orientado a gestionar el endeudamiento de las entidades netamente públicas, que cuentan con pliego presupuestal, una estructura diferente a la de una empresa, con fines conducentes a la atención y satisfacción de los requerimientos que la sociedad (administrado) solicita del Estado, es decir, entidades puramente administrativas”¹⁵⁷.

Por eso, a pesar que formalmente las empresas públicas de generación de electricidad son entidades públicas, es evidente que tienen una naturaleza comercial y por lo tanto no les sería aplicable el Sistema Nacional de Endeudamiento Público; su aplicación solo sería posible si se hubieran homologado todas las características de todas las entidades públicas del Poder Ejecutivo, lo cual no ha sucedido. Reconociéndose de esta manera que las entidades públicas y las empresas públicas se desenvuelven en diferentes rubros, tienen diferentes finalidades y por ello les corresponden diferentes tipos de financiamiento.

Sin embargo, debido a que apremia el desarrollo de nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas para asegurar la actual y la futura demanda de energía, la política de endeudamiento de FONAFE obstaculiza

¹⁵⁶ Cfr. Art. 62º de la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

¹⁵⁷ CORNEJO PAREJA, Vicky Daniela. *Ob. cit.*, p. 9.

esta finalidad. Esta política no tiene en cuenta que las empresas públicas de generación de electricidad precisan de continuo financiamiento para diversificar su matriz energética y percibir el suficiente ingreso para continuar operando comercialmente. Prueba de esta importancia es lo acontecido con EGASA, quien ha revisado a la baja sus ingresos por menor producción y ahora necesariamente debe desarrollar investigaciones para generar energía mediante fuentes alternas a fin de continuar operando comercialmente dado que ha desactivado su central térmica Pisco. Otro ejemplo constituye STATKRAFT PERU, filial de la empresa pública noruega Statkraft, cuya participación en el mercado eléctrico es superior a las de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, e incluso de empresas privadas; esta eficiencia es resultado de su gestión empresarial y del financiamiento recibido por el Fondo Soberano de Inversión de Noruega, el cual ha sido esencial para la sostenibilidad de su negocio como para la diversificación y expansión de su mercado.

Por ello, a fin de mejorar el financiamiento de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN consideramos como buena alternativa la constitución de un holding conformado por estas empresas. Esta alternativa les permitiría a las empresas *sub examine* retroalimentarse, pues al ser un grupo comercial unirían esfuerzos para subsanar las falencias que cada una tiene aprovechando las fortalezas de cada una. Como consecuencia de esto se podría, por ejemplo, disminuir el registro de pérdida de energía eléctrica que cada una tiene, lo cual permitiría un mayor aprovechamiento de los recursos.

Asimismo, al ser un holding de empresas de generación eléctrica, se podría uniformizar la gestión empresarial, y a partir de esto optimizar el financiamiento de las empresas, pues al tener un conocimiento más específico de las necesidades de cada empresa, se podrían gestionar los financiamientos necesarios para asegurar la sostenibilidad del negocio y el abastecimiento necesario de la actual y la futura demanda de energía eléctrica.

Cabe decir que, al gestionarse mejores financiamientos, no solo se puede incrementar el patrimonio de las empresas, también pueden desarrollarse las investigaciones necesarias para diversificar la matriz energética y expandir su mercado, tal como lo han logrado Noruega y Finlandia con sus empresas públicas. Pero, para alcanzar este fin, creemos que es preciso despolitizar a las

empresas públicas, a fin de que se adopten decisiones más estratégicas, más acorde a sus necesidades. Además, aunada a la idea de creación de un holding estatal, consideramos que otra buena medida para incrementar el patrimonio y el financiamiento de las empresas *sub examine* sería crear un Fondo Soberano de Inversión.

3.2. Necesidad de un “holding estatal” distinto del FONAFE: Control imperioso, pero no excesivo

Previamente debemos precisar que la doctrina, respecto a la gestión de las empresas públicas, reconoce la existencia de un modelo descentralizado, uno dual y uno centralizado. El primero se caracteriza porque el propietario de cada empresa sería el Ministerio sectorial al cual corresponde la referida empresa. Por su parte, en el modelo dual, la propiedad es ejercida ya no solo por el Ministerio del sector correspondiente a la empresa sino por uno o más Ministerios, dependiendo de la función desempeñada por cada uno para que se asemeje más a un sistema centralizado o descentralizado. Por último, en el modelo centralizado ya no existe una pluralidad de propietarios, estos se reducen a uno solo: el Estado; pudiendo organizarse ya sea mediante la forma de una agencia, de un ministerio o de un holding.

Así, las ventajas y desventajas de los citados modelos de gestión son los expuestos en el siguiente cuadro¹⁵⁸:

¹⁵⁸ Cfr. DE ACEVEDO SANCHÉZ, Enrique. *Gestión de empresas públicas. Las ventajas de los modelos centralizados*, BID, 2016, pp. 19 – 33.

GRÁFICO Nº 4

Modelo Descentralizado	Modelo Dual	Modelo Centralizado
<p><u>VENTAJA:</u></p> <p>La Empresa Pública depende del ministerio sectorial, y en su labor de propietario, el ministerio cuenta con experiencia dentro del sector; sin embargo, aunque esta experiencia es necesaria, podría no ser suficiente.</p>	<p><u>VENTAJA:</u></p> <p>La propiedad está compartida con otro ministerio, y ello permite la introducción de cierta disciplina fiscal y financiera, así como la posibilidad de repartir de manera equilibrada las funciones, responsabilidades, habilidades y coordinación.</p>	<p><u>VENTAJA:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Hacen que la injerencia política sea más complicada. • Separación entre la función de regulador y propietario. • Facilitan la definición de objetivos, la implementación de incentivos y la asignación de responsabilidades.
<p><u>DESVENTAJAS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Las funciones de propietario, regulador y responsable de la emisión de políticas públicas confluyen en una sola figura. • Falta de unificación de políticas operativas transversales y de gobernanza. • Interferencia política. • Falta de transparencia. • Falta de control y supervisión del grupo y de un enfoque estratégico global. 	<p><u>DESVENTAJAS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Múltiples propietarios, lo cual podría ocasionar la existencia de numerosos objetivos. • Potencial aumento de las probabilidades de interferencia política. • La coordinación se hace más complicada ante la duplicidad de propietarios. 	<p><u>DESVENTAJAS:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Falta de compromiso político e interferencia política. • Desarrollo y estructuración puramente cosmética, cuando en vez de buscar mayor eficiencia se aparenta una mejor gestión. • Órgano puramente burocrático, convirtiéndose en un obstáculo para la actividad regular de las EP.

Asimismo, debemos indicar que existen dos tipos de holdings: un holding pasivo y un holding activo. En el primer tipo, el propietario de las acciones actúa como un accionista más de una sociedad anónima; se concentra y limita a los aspectos financieros de la gestión, con la finalidad de maximizar las posibilidades financieras del grupo. Por su parte, el holding activo se caracteriza por ejercer un control más intenso sobre las actividades de las empresas del grupo, a quienes les asigna el cumplimiento de ciertos objetivos, para lo cual adoptará las medidas que crea más conveniente, llegando incluso a aprobar los planes que serán ejecutados con los correspondientes presupuestos de inversión y de operaciones¹⁵⁹.

Es preciso señalar que el holding es una forma de gestión empresarial propia de las empresas privadas, es una “Sociedad constituida con el único propósito de administrar otras sociedades por intermedio de la participación accionarial que pueda tener en éstas últimas, es decir una Sociedad tenedora de acciones, sin ostentar por objeto social el desarrollar actividad comercial alguna”¹⁶⁰. De esta forma, mediante la creación de un holding se uniformiza la gestión de las empresas integrantes del mismo, y para ello no es preciso que las empresas se fusionen, perdiendo su autonomía e independencia, basta con que conjuntamente designen a una tercera empresa como matriz del grupo comercial; por este motivo se dice que el holding encuentra su materialización contractual en el management. Éste es un contrato atípico por el cual “una empresa entrega a otra el gerenciamiento o la administración de su propio negocio, nace en el seno de sociedades totalmente independientes, no obstante nada impide que este tipo de herramienta de gestión empresarial pueda ser usada dentro de un grupo de empresas en donde la empresa gerenciante sea el Holding y las gerenciadas sean las empresas dominadas”¹⁶¹.

A pesar que este modelo de gestión es propio de las empresas privadas, no debemos olvidar que, como se ha expuesto en el acápite anterior, las empresas públicas, en virtud de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, tienen una naturaleza comercial. Por lo tanto, no deben ser gestionadas como una entidad pública, su

¹⁵⁹ Ibidem, p. 24.

¹⁶⁰ DÍAZ PEÑA, James. *La unipersonalidad societaria como modelo de flexibilización empresarial peruana*, Tesis para optar el título de Abogado, Tacna, UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN, 2014, p. 229.

¹⁶¹ Ibidem, p. 230.

gestión debe ser lo más similar posible al de una empresa privada, pues ambos tipos de empresas tienen la misma estructura, es decir, ambas cuentan con un Directorio, una Gerencia y una Junta General de Accionistas. A pesar de esto, la gestión de cada una no puede ser idéntica debido a su distinta finalidad. La única finalidad de las empresas privadas es lograr la mayor rentabilidad económica, la cual también es finalidad de las empresas públicas, en tanto son empresas, pero, éstas, además, tienen una finalidad social en tanto suministran los bienes y servicios demandados por la población, cierran brechas sociales arrastrados por el país y coadyuvan a realizar las políticas públicas establecidas.

Debido a esta doble finalidad, las empresas públicas no solo deben ser económicamente rentables, también deben caracterizarse por generar valor público, entendido éste como “aquel valor agregado que produce el sector público, desde el punto de vista de los beneficios percibidos por la comunidad, así como por los usuarios directos o consumidores de los servicios o prestaciones públicas”¹⁶². Por este motivo, es necesario que los representantes del Estado en las empresas públicas sean personas con amplia experiencia en comercio e industria y se encuentren abocadas solo a esa función, pues de esta forma se podrían realizar los objetivos económicos y sociales de las empresas, al igual que los roles del Estado como empresario y como regulador del mercado; es decir, es necesario, despolitizar a las empresas públicas.

La despolitización de las empresas públicas permitirá limitar en ellas la injerencia de intereses políticos, lo cual implica no solo mejorar la gestión empresarial y reducir los índices de corrupción¹⁶³; sino, también, que los Directores de las empresas públicas cumplan más un rol de intermediario entre el Estado y el gerente general de las empresas, que un rol de mero comunicador de las políticas estatales. Además, esta despolitización hará posible incrementar la capacidad de respuesta de las empresas públicas a las necesidades de la población a través de un servicio público centrado en los ciudadanos, que los reconozca como

¹⁶² REBOLLO ALVARADO, William. *Despolitización de la función pública: análisis de la eficacia del Sistema de Alta Dirección Pública en la República de Chile*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Santiago de Chile, UNIVERSIDAD DE CHILE, 2014, p. 11.

¹⁶³ De acuerdo al ranking de Transparency International, Perú se encuentra en el puesto ciento cinco, siendo ampliamente superado por Finlandia, Noruega y Chile, quienes ocupan el puesto tres, siete y veintisiete, respectivamente. Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Ob. cit.*

portadores de derechos y obligaciones, y por tanto partícipes y corresponsables de las políticas públicas¹⁶⁴.

De ahí la importancia de mejorar la gestión de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN mediante la constitución de un holding estatal, pues este modelo de gestión, de ser bien implementado, estaría conformado por personas que cuentan con amplia experiencia en el sector empresarial y desvinculadas del gobierno de turno, es decir, sería un organismo técnico que contaría con un grupo común de administradores, quienes ejecutarían las políticas empresariales del grupo comercial y también las políticas del sector electricidad, esto como resultado de la dirección unificada, característica esencial de todo grupo empresarial. Además, al uniformizarse la gestión de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN mediante la dirección de un grupo técnico especialista en el sector energía podrán tener un eficiente desarrollo técnico y económico, pues este holding estaría muy involucrado en su negocio, conocería las necesidades que tiene cada una y buscaría las formas de acceder a un financiamiento más acorde a su negocio, sin dilaciones innecesarias, a fin de alcanzar las metas económicas y sociales que como grupo empresarial deben lograr.

De esta manera, al mejorarse la gestión empresarial no solo se alcanzaría la sostenibilidad del negocio, sino que podrían desarrollarse nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas, lo cual es muy importante para las empresas de generación de electricidad, pues al diversificar su matriz energética podrán atender la creciente demanda de energía eléctrica, y ser tan competitivas como las empresas privadas.

Cabe reiterar que los resultados expuestos solo serían posibles si se despolitiza al holding estatal, pues, por ejemplo, las empresas públicas en Noruega han logrado ser tan eficientes y competitivas como las empresas privadas, gracias a la adopción de medidas tendientes a despolitizarlas, y, como resultado, Noruega es el séptimo país con menor índice de corrupción. Este país ha establecido “que los nuevos ministros, al asumir el cargo en el gobierno, deben renunciar al servicio en cualquier junta y no son elegibles para nuevos puestos de confianza de este tipo. Lo mismo se aplica a los secretarios de estado. También se han establecido

¹⁶⁴ REBOLLO ALVARADO, William. “Despolitización de la función pública: análisis de la eficacia del Sistema de Alta Dirección Pública en la República de Chile”, *Revista Estudios de Políticas Públicas*, Vol. I, N° 2, enero, 2016, p. 49.

normas para funcionarios gubernamentales y funcionarios públicos empleados por un ministerio o en el gobierno central, que atienden asuntos relacionados con una empresa como parte de su trabajo o que están empleados por un ministerio u otra entidad del gobierno central, y que asisten regularmente a asuntos relevantes para la empresa o su sector, declarando que estos no son elegibles para servir en el directorio o tener otros puestos similares dentro de esa empresa”¹⁶⁵.

Por las razones expuestas, consideramos que el modelo de gestión centralizado constituye el más idóneo para gestionar eficientemente a EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, ya que en el referido modelo encontramos a la figura del holding, el cual le brindaría a las empresas *sub examine* mayor dinamicidad, eficiencia y competitividad, dado que “su actuación es mucho más técnica y menos política que en el caso de los ministerios”¹⁶⁶, y precisamente por estas razones, y por las que se expondrán a continuación, consideramos apropiada la constitución de un holding estatal distinto a FONAFE.

En principio, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, está constituido como un holding, de acuerdo a lo consignado en la Ley N° 27170 – Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE; pero, propiamente, no es un holding, pues éste se caracteriza por dotar de la suficiente libertad a las empresas filiales para administrar sus bienes y servicios, lo cual no sucede con FONAFE. Es cierto que FONAFE está constituido como una empresa privada, pues tiene una Junta General de Accionistas, un Directorio y una Gerencia; sin embargo, carece de la suficiente objetividad y especialización para gestionar no solo a las empresas de generación de electricidad, sino a todas las empresas del Estado; si esto no fuera cierto las empresas públicas tendrían una forma de financiamiento más acorde a

¹⁶⁵ Traducción libre de: “that new ministers, on taking up office in government, are to resign from service on any board and are not eligible for new positions of trust of this kind. The same applies to state secretaries. Rules have also been laid down for government officials and civil servants employed by a ministry or in central government, who attend to matters concerning an enterprise as part of their work or who are employed by a ministry or other central government entity, and who regularly attend to matters relevant for the enterprise or its sector, stating that these are not eligible to serve on the board or have other similar positions within that enterprise”. NORWEGIAN MINISTRY OF TRADE, INDUSTRY AND FISHERIES. *Meld. St. 27 (2013–2014) Report to the Storting (white paper)*. [ubicado el 03.IX 2019]. Obtenido en: <https://www.regjeringen.no/contentassets/899ac257df2648d788942b78c6d59787/en-gb/pdfs/stm201320140027000engpdfs.pdf>

¹⁶⁶ CESPEDES ZAVALA, Adolfo. *El Estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Lima, Caballero Bustamante, 2010, pp. 109 – 110.

la dinámica de su negocio. A esto debemos agregar que, de acuerdo al artículo 9° del Decreto Supremo N° 072-2000-EF – Reglamento de la Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, el Directorio del holding se encuentra conformado por los Ministros elegidos por el Gobierno Central, es decir, no existe una separación entre el rol del Estado como empresario y como regulador, lo cual les resta competitividad a las empresas públicas y es un obstáculo para su desarrollo comercial.

Recordemos que el director tiene por función gestar el plan empresarial que ejecutará la empresa para alcanzar las metas económicas y sociales, y, al no gestionar eficientemente la empresa, puede ser removido en el cargo por los accionistas; si aplicamos este desarrollo al FONAFE, el accionista sería el Estado en representación de la población, por lo cual sería el Presidente de la República quien debería cesar en el cargo a los Ministros que él mismo ha elegido. En ese sentido, actualmente el sector hidrocarburo no registra una buena gestión, dada la existencia de continuos derrames de petróleo, y, a pesar de ello, el Ministro de energía y minas no ha sido cesado.

Demostrando este simple ejercicio que es mejor encargar la gestión comercial de una empresa pública a una persona especialista en el sector de desempeño de la empresa y dejar la gestión y dirección de las políticas públicas al respectivo Ministro, pues de esta forma se efectuará una evaluación más transparente del desempeño de los Directores de la empresa pública. Así, se evitan interferencias políticas y conflictos de intereses.

Respecto a este punto, al comparar la estructura de la empresa pública de Noruega, EQUINOR, y la estructura de FONAFE, observamos notorias diferencias tal como se evidencia en las siguientes imágenes donde la primera corresponde al organigrama de EQUINOR¹⁶⁷ y la segunda al organigrama de FONAFE¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Obtenido de: EQUINOR. *Ob. cit.*, p. 99.

¹⁶⁸ Obtenido de: FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Modelo de gestión corporativa*. [ubicado el 04.IX 2019]. Obtenido en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/aspectos-generales/4/Doc/Organigrama%20del%20Centro%20Corporativo.pdf

GRÁFICO Nº 5

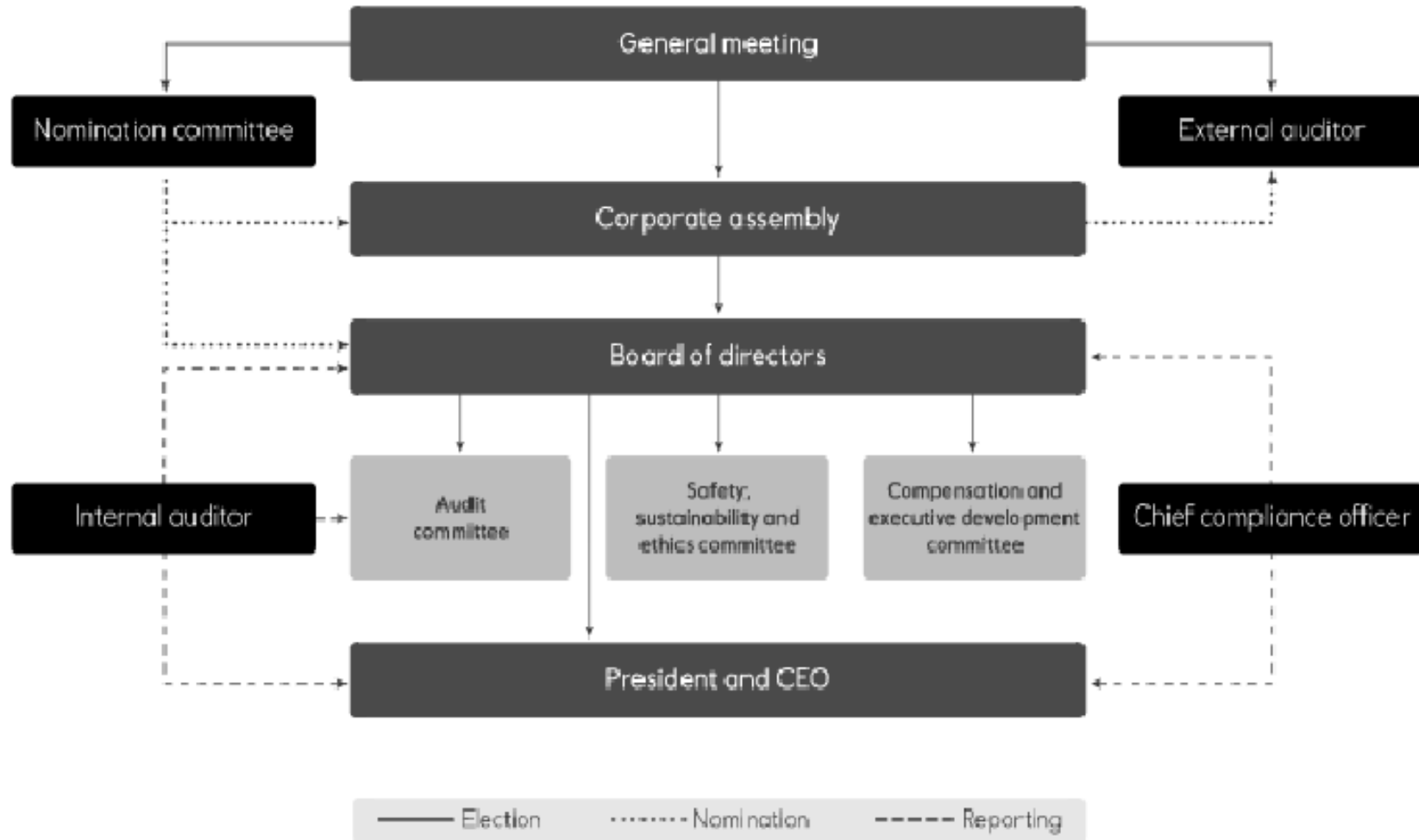


GRÁFICO Nº 6



De acuerdo a la estructura de EQUINOR y a su Annual Report 2018, el Estado noruego le ha proporcionado a su empresa pública una estructura más ordenada, simple y especializada que la de FONAFE, pues EQUINOR ha constituido un Comité de Nominaciones, el cual es independiente de la Junta General de Accionistas, es elegido por dos años y en virtud de esa independencia va a encargarse de elegir a las personas más capacitadas para conformar la Asamblea Corporativa de la empresa, pues de no ser así las personas que conforman el Comité de Nominaciones serán removidas del cargo y no se les renovará la elección.

Por su parte, la Asamblea Corporativa de la empresa va a supervisar la administración de la empresa y elegirá, previa aprobación de la Junta General de Accionistas, a los Directores. Respecto a estos órganos, EQUINOR ha establecido una responsabilidad conjunta entre ambos por las decisiones que adopten; de esta forma, las personas que conforman los mencionados órganos permanecerán en el mismo en función al buen desempeño que tengan, el cual debe traducirse en el cumplimiento, por parte de la empresa, de las establecidas metas comerciales y las políticas públicas.

Así, al constituirse un Comité de Nominaciones, el Estado de Noruega, como propietario de EQUINOR, evita interferir excesivamente en el desarrollo comercial de la empresa, lo cual demuestra su interés en priorizar la gestión comercial dada la libertad otorgada a la Junta Directiva para adoptar sus decisiones en función a índices de rentabilidad. Y para realizar esta labor la Junta Directiva cuenta con dos órganos de apoyo, un Auditor Interno y un Director de Cumplimiento, los cuales van a controlar la gestión realizada por el Gerente de la empresa e informarán los resultados a la Junta Directiva.

Cabe precisar que esta libertad no es absoluta, pues el Estado noruego, en tanto es propietario, mantiene un control de la misma mediante el Comité de Nominación y el Auditor Externo. En este sentido podemos decir que la empresa noruega evita interferir en la gestión empresarial de la Junta Directiva, les otorga una mayor libertad para actuar y mantiene un control imperioso pero no excesivo de la empresa pública, siendo estas medidas las causantes de la eficiencia, competitividad y rentabilidad de la empresa pública EQUINOR, así como del valor público generado por la empresa al coadyuvar a cumplir las políticas públicas.

Con respecto a FONAFE, el análisis se centrará en dos órganos, el Directorio y el Director Ejecutivo, por la importancia de ellos para la gestión de la empresa pública; pero, previamente debemos acotar que la estructura del holding es más compleja que la de EQUINOR debido a la cantidad y diversidad de empresas públicas gestionadas, pues el holding está conformado por empresas dedicadas al sector electricidad, al sector hidrocarburo, al sector financiero, al sector saneamiento, al sector infraestructura y transporte, y otras dedicadas a la prestación de servicios y producción.

Por lo tanto, ante esta complejidad, y dado que se trata de un grupo empresarial, es preciso un Directorio diversificado a fin de cumplir las políticas públicas y las metas comerciales de todas las empresas; pero, además, en tanto son empresas, suministran bienes y servicios demandados por la población y su participación subsidiaria constituye esencial para la economía del país, es necesaria la constitución de un Directorio especializado en la gestión comercial. De este modo, teniendo un Directorio diversificado y especializado en la gestión empresarial se alcanzará el desarrollo comercial grupal del holding y el individual de cada una de las empresas, se mantendrá la sostenibilidad del negocio de todas las empresas integrantes del holding, se cumplirán las políticas públicas y todas las empresas públicas serán competitivas. Pero, para esto, el Directorio debe estar dotado de la suficiente libertad para gestar el mejor plan empresarial para el holding y todas las empresas públicas, es decir, el Directorio del holding estatal debe actuar como actuaría el Directorio de una empresa privada.

Sin embargo, esto no sucede con el Directorio de FONAFE, pues está compuesto por representantes de diversos Ministerios, lo cual dificulta la gestión empresarial del holding y de las empresas integrantes, debido a que, un Ministro “es el responsable político de la conducción de un sector o sectores del Poder Ejecutivo. Los Ministros de Estado orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del gobierno”¹⁶⁹.

Por lo tanto, existe un conflicto de intereses ya que el Ministro no puede actuar al mismo tiempo como empresario y regulador de un determinado sector, pues en

¹⁶⁹ Art. 25° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

este escenario será preponderante, muchas veces, el cumplimiento de las metas de las políticas públicas al cumplimiento de las metas comerciales de las empresas. Lo cual resta objetividad a la gestión de las empresas y, por ende, las hace menos competitivas.

En este sentido, la solución no puede ser constituir un Director Ejecutivo, tal como se ha hecho en FONAFE, pues una sola persona, aun cuando cuente con el apoyo de diversas gerencias, no puede encargarse de formular un plan empresarial para las 35 empresas integrantes de holding estatal, las cuales, además, se dedican a distintas actividades. Esta medida demuestra que aun cuando los Ministros cuenten con las capacidades técnicas para encargarse, cada uno, de un Ministerio de un determinado sector, estas capacidades no son suficientes para gestionar eficientemente tanto a las empresas públicas como al sector correspondiente al Ministerio para el cual fueron elegidos, y precisan de un tercero cuya labor sea realizar la gestión comercial de todas las empresas públicas. Esto es comprensible debido a que la función del Ministro de supervisar el cumplimiento de las políticas públicas del sector al cual representa no se restringe a las empresas públicas, también incluye a las empresas privadas.

Producto de esta inidónea gestión, EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN han reducido su margen comercial, tal como se ha explicado en el acápite anterior; y no es una situación de reciente data, pues de acuerdo a la Memoria Anual de 2017 de FONAFE, la utilidad neta de EGASA y SAN GABÁN en el año 2017 es 14% y 32% menos respecto al año 2016¹⁷⁰.

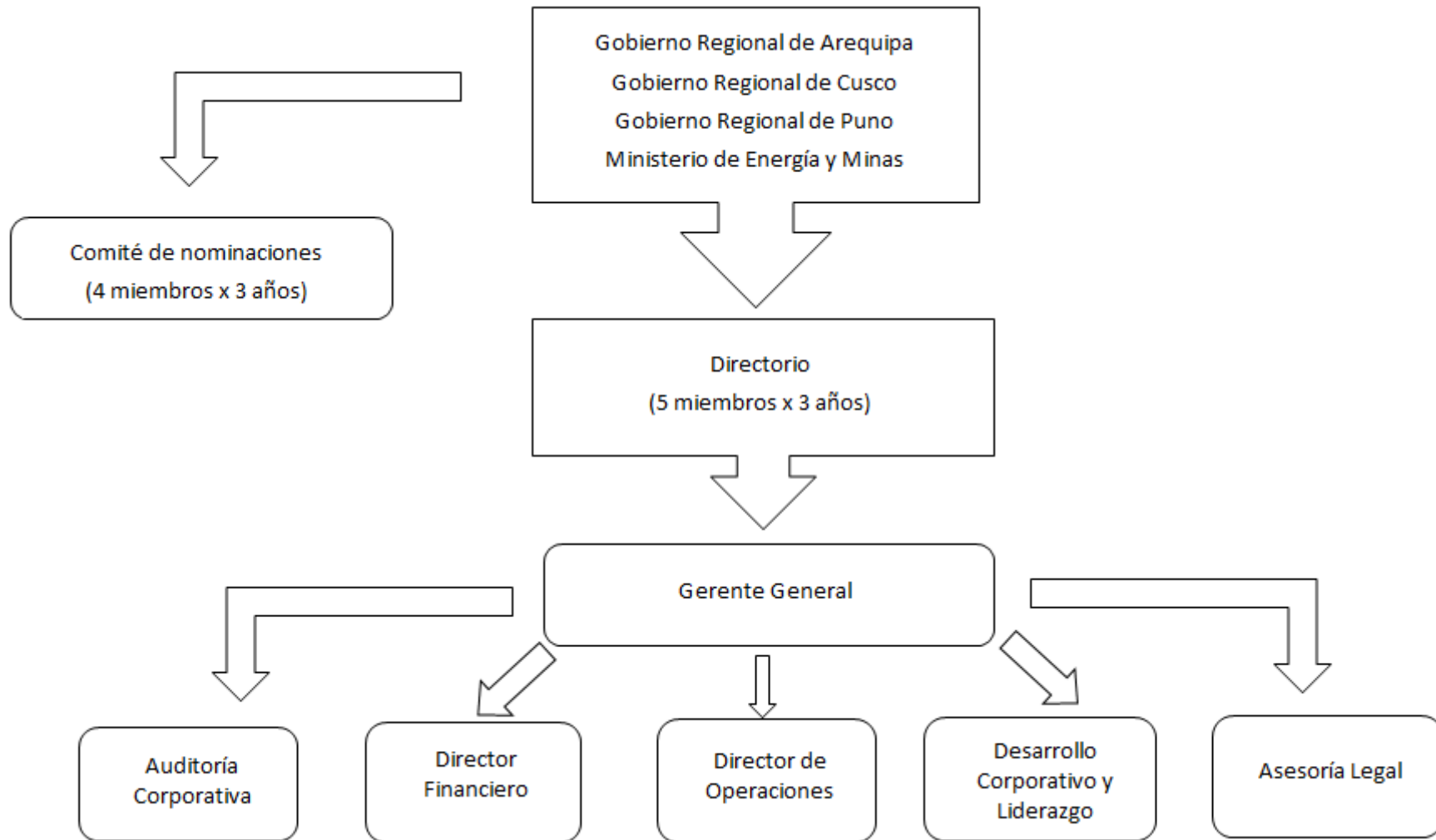
Por estas razones, FONAFE no puede ser catalogado como un holding. Más aún si tenemos en cuenta los modelos de gestión de empresas públicas anteriormente expuestos. En virtud de ellos, observamos que en FONAFE no se distingue el rol de empresario y de regulador del Estado, ya que el Directorio de FONAFE está conformado por los Ministros de Estado, es decir, por el Estado, pues éste es representado por aquellos. En este sentido, es más adecuado catalogar la gestión de FONAFE como un modelo dual, ya que este se caracteriza porque la propiedad de la empresa está compartida con otro Ministerio, y dado que el Directorio está conformado por los Ministros de Estado, los cuales representan al

¹⁷⁰ FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Memoria Anual 2017*, Lima, FONAFE, 2017, p. 63.

Estado, quien es propietario de las empresas, es obvio que FONAFE constituye una forma en la que los Ministros comparten la propiedad de las empresas públicas.

Debido a esto, consideramos necesario constituir un holding estatal, distinto a FONAFE, integrado por EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, empresas de generación de electricidad. Esto permitirá uniformizar la gestión comercial de las citadas empresas, optimizar su financiamiento, pues al ser un holding especializado en la actividad de generación de electricidad, se tendrá un conocimiento más específico de las necesidades de cada empresa y, por ende, se podrían gestionar los financiamientos necesarios mediante los cuales se aseguraría la sostenibilidad del negocio y el abastecimiento necesario de la actual y la futura demanda de energía eléctrica. Además, al operar como un holding, las empresas serían más eficientes, rentables y competitivas, lo cual les permitirá coadyuvar a cerrar las brechas sociales que arrastra el país. De este modo, consideramos que el holding estatal debería estar estructurado de la siguiente manera:

GRÁFICO Nº 7



Como se observa, en la estructura se reemplaza a FONAFE por los Gobiernos Regionales de Arequipa, Cusco y Puno, y se mantiene la permanencia del Ministro de Energía y Minas. Esto porque EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN operan en Arequipa, Cusco y Puno, y, por lo tanto, estas ciudades son las principales beneficiadas o afectadas por la gestión comercial de las referidas empresas, y en tanto FONAFE no ha gestionado idóneamente a las empresas *sub examine*, consideramos que los Gobiernos Regionales deberían ser propietarios de una parte de las acciones de las empresas públicas a fin que puedan dirigir y supervisar la dirección comercial de las citadas empresas. Y la otra parte de las acciones deben ser propiedad del Estado, a fin de que el mismo, representado por el Ministro de Energía y Minas, pueda de dirigir y supervisar la dirección comercial de las empresas *sub examine*, así como el cumplimiento de las políticas públicas.

Además, al compartir, los Gobiernos Regionales de Arequipa, Cusco y Puno, y el Estado, representado por el Ministro de Energía y Minas, la propiedad de las empresas públicas de generación de electricidad, se reduce la interferencia política.

Por otro lado, de acuerdo a esta estructura, el Directorio del holding no va a estar conformado por los propietarios, pues los miembros del Directorio serán elegidos, previa aprobación de los propietarios, por un Comité de Nominaciones. Cabe decir que para la conformación del Comité de Nominaciones la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, presentará una propuesta a los propietarios, a partir de la cual ellos elegirán a los miembros del Comité de Nominaciones. La participación de SERVIR es posible porque en el inciso i) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos – se establece como una de las funciones de SERVIR, “normar y gestionar el Cuerpo de Gerentes Públicos”.

Mediante esta medida, se asegura que el Comité de Nominaciones sea un órgano independiente de los propietarios de las empresas públicas. Lo cual es sumamente importante porque, como dijimos, los miembros del Directorio serán elegidos por el Comité de Nominaciones. De esta forma, mediante este diseño de holding se diferencian los roles del Estado como empresario y regulador;

asimismo, esta medida le otorga al Directorio la suficiente libertad e independencia para gestionar a EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, como lo haría el Directorio de una empresa privada. La importancia de esto es porque entre las funciones de Directorio “se encuentra la de elegir la estrategia de la compañía, esto es, su visión de futuro, que contemple diagnóstico y desafíos, acciones e iniciativas. Junto con ello, señala que debe arbitrar intereses, pues las empresas tienen diferentes grupos de interés. Finalmente, deben proteger los activos esenciales de la compañía”¹⁷¹, esto bajo el amparo del artículo 172° de la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, la cual prescribe que “el directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general”.

Por ello, al desligar al propietario del Directorio se maximizan los beneficios de las empresas públicas, es decir, se logra una mejor gestión comercial y una mejor respuesta a las necesidades de las empresas y de la población, lo cual, a su vez, les permite a las empresas acceder a un financiamiento más acorde a su negocio y las hace más competitivas.

Contar con un Directorio cuyos miembros son independientes de los propietarios, le permite a este órgano un desenvolvimiento más independiente al momento de tomar las decisiones, pues su juicio será objetivo e independiente y estarán protegidos de interferencias políticas indebidas y directas¹⁷²; a partir de lo cual el Directorio, en vez de cumplir un rol de mero comunicador de las políticas estatales, cumplirá más un rol de intermediario entre el Estado y el Gerente General.

Así, el Directorio establece una clara separación entre las funciones asumidas por el propietario, el administrador y el gestor, de la empresa pública, lo cual evita conflictos de intereses, y le permite al Directorio tener mayor libertad para elegir al Gerente General. Este va a ejecutar el plan empresarial gestado por el Directorio en virtud de que el artículo 188° de la Ley General de Sociedades estipula como atribución del Gerente “celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios

¹⁷¹ ENRIONE, Alfredo. *Directorio y gobierno corporativo. El desafío de agregar valor en forma sostenida*, Santiago de Chile, ESE Business School, 2014, pp. 65 – 80.

¹⁷² Cfr. AFANADOR, Sandra; BERNAL, Andrés y ONETO, Andrés. *Efectividad y estructura de los directorios de las empresas de propiedad estatal en América Latina y el Caribe*, Bogotá, CAF, 2017, p. 30.

correspondientes al objeto social”. Por lo tanto, al retirar a los propietarios del Directorio no solo se le entrega mayor libertad de actuación al Directorio, también se le proporciona la misma libertad al Gerente General. Para ejecutar el plan empresarial, el Gerente General se apoya en cinco órganos: Auditoría Corporativa; Director Financiero; Director de Operaciones; Desarrollo Corporativo y Liderazgo; Asesoría Legal.

El Director Financiero se encargará de supervisar y gestionar las finanzas corporativas, impulsará el rendimiento dentro del holding, brindará el soporte y asesoramiento profesional necesario, y gestionará y supervisará la percepción del mercado del holding.

Por su parte, el Director de Operaciones se encargará de impulsar la eficiencia operativa de cada una de las empresas en el distinto mercado de generación en el cual se desempeñan las empresas. Por ello el Director de Operaciones continuamente debe impulsar un desempeño operativo y seguro, a largo plazo, del holding, en tanto esto permitirá generar valor público y hará competitivas a las empresas públicas.

El jefe de Asesoría Legal se encargará de gestionar aquellos temas relacionados al Derecho Societario y al Derecho Regulatorio, vinculados a las actividades comerciales y corporativas del holding. Asimismo, gestionará los procesos de liquidación y los procedimientos administrativos, y garantizará que en desarrollo de las actividades se respeten satisfactoriamente las normas que regulen dichas actividades, a fin que se respete la ética y no se produzcan actos de corrupción.

Respecto al Desarrollo Corporativo y Liderazgo, la persona que ocupe este cargo deberá establecer la dirección de la estrategia para la sostenibilidad del negocio, establecerá los estándares y objetivos funcionales corporativos e impulsará el rendimiento operativo, para lo cual deberá supervisar el desarrollo comercial de las empresas.

Con relación al órgano Auditoría Corporativa, éste auditará a todas las empresas públicas con el objetivo de garantizar una gestión y control adecuado de las empresas, y para ello examinará que todas las empresas cumplan el Código de Buen Gobierno Corporativo, así como las leyes y regulaciones relacionadas a evitar la comisión de actos de corrupción, pues de esta forma se evitarán casos de mala conducta ética.

Conforme a lo expuesto, el Directorio y la Gerencia tienen la suficiente libertad para actuar; pero esta libertad no puede ser absoluta. Por ello, el Comité de Nominaciones será quien elegirá a los responsables del Directorio, de la Auditoría Corporativa y del Desarrollo Corporativo y Liderazgo, y estos dos últimos reportarán los resultados al Directorio y al Gerente General, ya que al ser independientes del Directorio y del Gerente General brindarán información verdaderamente objetiva.

De esta manera, se mantendrá el imperioso control de todos los órganos integrantes del holding a fin de supervisar la gestión de todos. Además, una forma de coadyuvar a este control es que el Comité de Nominaciones y el Directorio sean elegidos por el periodo de 3 años con posibilidad a que se les renueve la elección en el mismo según logren o no una buena gestión comercial. Y es una buena medida porque al ser tan corto el periodo de elección se verán obligados a efectuar una buena gestión de la empresa.

Por último, consideramos que el holding debe estar sometido a un control externo, el cual será realizado por parte de la Contraloría General de la República, con quien el Directorio debería reunirse a veces sin la presencia de los administrativos o el Gerente General a fin de no generar conflictos de interés. De esta forma, si los propietarios fueran miembros del Directorio existiría un control excesivo del holding, y esto es lo que se quiere evitar; por ello se propone que el Directorio esté conformado por miembros independientes al propietario, pues esto le otorgará la flexibilidad suficiente para un adecuado ejercicio de sus funciones.

De esta manera, al estar bien gestionadas las empresas públicas, podrían acceder a financiamientos otorgados por bancos privados o públicos, o podrían financiarse entre ellas mismas, ya que no habría la incertidumbre de iliquidez, o podría gestionarse la constitución de un Fondo Soberano de Inversión que le permita al holding financiar el desarrollo de las actividades de generación, así como realizar investigaciones tendientes a desarrollar nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas a fin de diversificar la matriz energética y atender la actual y futura demanda de energía eléctrica.

3.3. Creación de un Fondo Soberano de Inversión

Los Fondos Soberanos de Inversión (en adelante FSI), comúnmente conocidos como *Sovereign Wealth Funds*, son inversores institucionales caracterizados por tener fondos abundantes y sus inversiones generan resultados a largo plazo. Existen muchos tipos de FSI pero todos poseen cinco rasgos comunes: “1) son completamente de propiedad de un gobierno en específico; 2) sus inversiones se realizan en moneda extranjera; 3) tienen un bajo nivel de endeudamiento; 4) están separados de las reservas propias del Banco Central y son operados bajo distintos criterios; y, 5) tienen como objetivo generar rendimientos por encima de la tasa libre de riesgo, por lo que pueden realizar inversiones de largo plazo”¹⁷³.

En este sentido, así como existen diferentes tipos de FSI, existen múltiples definiciones; pero la más extendida es la formulada por el Grupo de Trabajo sobre Fondos de Inversión del Fondo Monetario Internacional: “Los Fondos Soberanos de Inversión se definen como fondos o arreglos de inversión para fines especiales, propiedad del gobierno general. Creado por el gobierno general con fines macroeconómicos, los fondos soberanos mantienen, gestionan o administran activos para lograr objetivos financieros, y emplean un conjunto de estrategias de inversión que incluyen la inversión en activos financieros extranjeros. Los Fondos Soberanos de Inversión se establecen comúnmente a partir de los excedentes de la balanza de pagos, las operaciones oficiales en moneda extranjera, los ingresos de las privatizaciones, los excedentes fiscales y/o los ingresos resultantes de las exportaciones de productos básicos”¹⁷⁴.

A partir de esta definición observamos dos cosas: 1) en esta definición se integran todas las características anteriormente expuestas; y, 2) respecto a los recursos que permitirían constituir los FSI, la definición expuesta deja abierta la posibilidad de que los FSI sean constituidos con otros recursos diferentes a los expuestos,

¹⁷³ CANO GALLARDO, Coral de Cielo. *Los Fondos Soberanos de Inversión*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Internacional, Lima, P.U.C.P., 2014, p. 16.

¹⁷⁴ Traducción libre de: “SWFs are defined as special purpose investment funds or arrangements, owned by the general government. Created by the general government for macroeconomic purposes, SWFs hold, manage, or administer assets to achieve financial objectives, and employ a set of investment strategies which include investing in foreign financial assets. The SWFs are commonly established out of balance of payments surpluses, official foreign currency operations, the proceeds of privatizations, fiscal surpluses, and/or receipts resulting from commodity exports”. INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS (IWG-SWF). *Sovereign Wealth Funds, Generally Accepted Principles and Practices*. [ubicado el 09.IX 2019]. Obtenido en: https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf

como podrían ser los ingresos de un holding estatal, al menos esto sucede con el holding de Singapur Temasek Holdings, la cual es una empresa, es el FSI de Singapur, brinda al referido fondo los recursos necesarios para que opere y lo gestiona.

Por otro lado, la doctrina establece que los FSI pueden ser de cinco tipos: FSI estabilizadores, FSI de ahorro, FSI de pensión o contingencia, FSI de desarrollo y FSI de inversiones estratégicas¹⁷⁵.

Los primeros son constituidos con la finalidad de estabilizar los ciclos económicos de los precios de las materias primas, especialmente el petróleo, lo cual permite disminuir la afectación a la economía y al presupuesto fiscal.

Los FSI de ahorro son creados con el fin de ahorrar una porción de los ingresos corrientes e invertirlos en bienes que generarán ingresos para las generaciones futuras.

Por su parte, los FSI de pensión establecen contingentes para enfrentar los pasivos de las distintas responsabilidades de pensión del gobierno; estos fondos se caracterizan porque actualmente no tienen obligaciones de pago pero las tendrán cuando los sistemas de seguridad social no consigan hacerse cargo de todos los pagos.

Mediante los FSI de desarrollo se desarrolla un sector específico de la economía, como proyectos socio-económicos, o se promueven políticas industriales que podrían incrementar el potencial de crecimiento de la producción de un país.

Finalmente, los FSI de inversiones estratégicas tienen por objetivo incrementar los rendimientos de las reservas invirtiéndolos en una canasta más amplia de bienes, con un horizonte de inversión a largo plazo y mayor tolerancia al riesgo.

De esta forma, el encasillamiento de un FSI en alguno de los tipos expuestos dependerá del objetivo que el Estado pretenda conseguir mediante aquel; cabe indicar que el Estado puede asignarle al FSI más de una finalidad y, por ende, éste puede cumplir con las características de más de uno de los tipos de FSI expuestos, como es el caso del FSI de Noruega, del cual se tratará más adelante.

De lo expuesto se puede observar que los FSI constituyen una herramienta muy importante para la economía de un país; a pesar de ello, hay quienes se oponen a su constitución manifestando que “a) la inversión de los Estados en los mercados

¹⁷⁵ CANO GALLARDO, Coral de Cielo. *Ob. cit.*, p. 17.

financieros no es compatible con el principio general del gasto soberano, porque los gobiernos deben dirigir sus gastos en proveer bienes públicos y no actuar como un actor privado; b) el dinero de hoy es más valioso que el dinero de mañana. Por lo que el presupuesto de un Estado debería generalmente resultar en déficit y no en superávit; y, c) Los privados son siempre mejores inversionistas que los gobiernos”¹⁷⁶.

Sin embargo, olvidan una importante característica de los FSI: son de propiedad del Estado; lo cual implica que, además de permitir un desarrollo financiero, permitirán un mayor crecimiento económico para el país propietario, lo cual, a su vez, beneficiará a los ciudadanos, pues conforme vayan creciendo los FSI podrían invertir cada vez más en el país propietario en proyectos de comunicación, electricidad o coinvertir con otros FSI para realizar dichos proyectos. Esto último permitiría diversificar el riesgo, intercambiar conocimientos y generar una mayor confianza para en un futuro próximo desarrollar otros proyectos, ya que se percibiría al FSI como un organismo que actúa conforme a intereses económicos y no a intereses políticos.

Además, al no contar con obligaciones de pago en la actualidad ni tener beneficiarios individuales bien definidos, solo abstractos como el Estado y los ciudadanos, en tanto son propietarios de los recursos del FSI, los recursos del FSI pueden servir como un “colchón fiscal” para los presupuestos generales del Gobierno Central.

Por estas razones, consideramos que la constitución de un FSI conjuntamente con el holding de generación de electricidad permitirá aprovechar los recursos generados por EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, al ser invertidos a través del FSI. Esto será posible gracias a la mejorada gestión de las citadas empresas públicas mediante el holding de generación de electricidad, pues este le permitirá a las empresas *sub examine* un desarrollo uniforme, con lo cual las mismas podrían financiarse entre ellas, pues no existiría incertidumbre de iliquidez. Pero, las mismas también podrían contar con un mayor financiamiento si destinan sus recursos a un FSI que garantice un mayor retorno a las inversiones efectuadas. Este FSI tendría como finalidad desarrollar un sector de la economía, esto es, el sector electricidad, pues le permitirá al holding financiar el desarrollo de las

¹⁷⁶ Ibidem, p. 19.

actividades de generación, realizar investigaciones tendientes a desarrollar nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas a fin de diversificar la matriz energética y, por último, permitiría atender la actual y la futura demanda de energía eléctrica. Por lo tanto, consideramos apropiado la constitución de un FSI de desarrollo, es decir, un FSI distinto al actualmente existente Fondo de Estabilización Fiscal (en adelante FEF), FSI peruano.

Ahora bien, como hemos dicho, existe una amplia gama de FSI y entre los 116 FSI existentes, consideramos al FSI de Noruega como es el más adecuado para ilustrarnos en la constitución de un FSI. El FSI de Noruega, denominado Government Pension Fund Global (en adelante GPFG), es el mayor FSI, pues de acuerdo al ranking del Sovereign Wealth Labs, ocupa el puesto N° 1, superando ampliamente al FEF el cual ocupa el puesto N° 46¹⁷⁷.

El GPFG es “un fondo soberano de inversión puro en manos del gobierno noruego cuyos ingresos proceden de las exportaciones petroleras estatales y de la rentabilidad de sus inversiones en los mercados extranjeros. Se trata de un instrumento de estabilización macroeconómica para suavizar los ciclos económicos al ahorrar en época de precios altos del crudo y auge económico, y gastar en épocas de tiempos difíciles para evitar la recesión en caso de un desplome de precios. Pero también es un fondo de ahorro para afrontar en el futuro el previsible aumento del gasto en pensiones en un probable entorno de decrecientes ingresos procedentes de la explotación petrolera debido al agotamiento de las reservas y así asegurar la sostenibilidad de las cuentas fiscales y el reparto intergeneracional de la riqueza hidrocarburífera”¹⁷⁸.

Cabe agregar que el GPFG solamente podrá recibir recursos de las exportaciones petroleras estatales cuando se registre un superávit fiscal; de esta forma se reviste de autonomía al FSI. El GPFG puede poseer acciones de empresas, pero no puede adquirir más allá del 10% del capital total de cada empresa. Asimismo, el GPFG puede transferir recursos al presupuesto estatal para cubrir el déficit público no petrolero (déficit del gobierno central que excluye los ingresos netos

¹⁷⁷ Cfr. SOVEREIGN WEALTH LABS. *Sovereign wealth funds 2017*, [ubicado el 09.IX 2019]. Obtenido en: <https://sites.tufts.edu/sovereignet/files/2018/06/SOVEREIGN-WEALTH-LAB-REPORT-2017.pdf>

¹⁷⁸ WIRTH, Eszter. *La evolución de la estrategia de inversión del fondo soberano noruego (GPFG)*, [ubicado el 09.IX 2019]. Obtenido en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/8713/8429>

procedentes de la actividad hidrocarburífera), de modo que provoque un efecto neutral para la actividad económica, y para ello se rige mediante la “regla fiscal del 4%”, es decir, el FSI podrá transferir recursos al presupuesto estatal solamente cuando su rentabilidad real neta ascienda a 4%, y solo podrá transferir el mencionado porcentaje de la rentabilidad real neta¹⁷⁹.

Por otro lado, la estructura y operación del GPFG puede resumirse en el siguiente esquema¹⁸⁰:

GRÁFICO Nº 8



La participación del Ministerio de Finanzas se explica porque de acuerdo con la Ley del Fondo de Pensiones del Gobierno y el mandato de gestión para el GPFG emitido por el Ministerio de Finanzas, aquel es el propietario formal del GPFG, y en tanto es propietario, se encarga de formular y orientar la estrategia de inversión del fondo, de acuerdo a metas y al objetivo por el cual fue constituido el FSI. Asimismo, el Ministerio de Finanzas supervisa la gestión efectuada sobre el fondo, el cumplimiento de las metas de inversión y decide cuales son las empresas que deben ser excluidas de las inversiones.

De este modo, la gestión operativa del GPFG está a cargo del Norges Bank, el Banco Central de Noruega, específicamente de Norges Bank Investment Management; éste es un departamento que se encuentra dentro del Banco

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Cfr. GUAMÁN JARAMILLO, Luis Alfredo. *Modelo de gestión y manejo de los fondos de estabilización petrolera: Análisis comparativo del caso noruego y del caso ecuatoriano*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Economía, Ecuador, F.L.A.C.S.O., 2015, p. 48.

Central de Noruega, y fue creado en el año 1998 con la finalidad de “separar la gestión del Fondo del aparato estatal, dificultando la intervención de los políticos del Ministerio de Finanzas o del Parlamento en las actividades de inversión del GPFG”¹⁸¹. Al crearse un organismo especializado, dedicado solamente a gestionar el FSI, se garantiza al gestor operativo la suficiente libertad para tomar las decisiones más adecuadas para cumplir las directrices de inversión establecidas por el Ministerio de Finanzas, se asegura obtener la mayor rentabilidad posible de las inversiones y, además, se le permite a Norges Bank Investment Management, en tanto gestor operativo especializado, proponer al Ministerio de Finanzas estrategias de inversión.

Sin embargo, esta libertad no es absoluta, pues la gestión de Norges Bank Investment Management es supervisada constantemente por Norges Bank, dado que estructuralmente se encuentra dentro del Banco Central de Noruega, el cual, a su vez, tiene la obligación de publicar tres informes trimestrales (correspondientes a los tres primeros trimestres del año), un informe anual sobre su actividad como gestor del GPFG, un informe anual sobre inversión responsable, un informe dedicado a los activos inmobiliarios y otro sobre desempeño y riesgos¹⁸².

Cabe indicar que esta supervisión no se restringe a la efectuada por el Ministerio de Finanzas, porque a fin de proteger los recursos del GPFG, y hacer de este un fondo transparente, se constituyó un Consejo de Ética. Éste es un órgano independiente del Ministerio de Finanzas y de Norges Bank, y sus miembros “son catedráticos expertos en ética, finanzas, y en derecho internacional respecto a los compromisos del país en tratados y convenciones de la ONU y la OCDE”¹⁸³. La función del Consejo de Ética es supervisar las inversiones del mencionado FSI desde el punto de vista de la ética, a fin de evitar que aquel invierta en empresas cuyas actividades sean poco éticas, y para ello evalúa las actividades de las empresas de acuerdo a unas directrices establecidas por el Ministerio de Finanzas, a quien recomienda, luego de la evaluación, la exclusión de ciertas empresas en las que el GPFG realiza sus operaciones de inversión.

¹⁸¹ WIRTH, Eszter. *Los fondos soberanos de inversión y su coordinación con las políticas macroeconómicas: el caso de Noruega, 1990-2015*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Economía, Madrid, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, 2017, p. 190.

¹⁸² Ibidem, p. 191.

¹⁸³ Ibidem, p. 192.

Al constituirse el mencionado Consejo de ética y asignarle las funciones detalladas, el Estado convierte al GPFG en un FSI transparente, y asegura que el mismo cuente con la legitimidad debida para continuar operando, lo cual es importante debido a que los ciudadanos son los propietarios de los recursos del FSI y sus beneficiarios. Por este motivo es que “en la práctica, todos los cambios significativos en la estrategia de inversión se presentan al Parlamento Noruego antes de ser implementados”¹⁸⁴.

Por último, a fin de controlar y transparentar la gestión del GPFG, este es sometido a una auditoría interna y a una auditoría externa. La primera es realizada mediante una unidad perteneciente a Norges Bank, y la externa actualmente es efectuada por Deloitte¹⁸⁵.

De esta manera, el modelo de gestión de Noruega evidencia que las instituciones públicas, en tanto operan con recursos públicos, no pueden tener una libertad absoluta, ésta debe ser proporcional; por lo cual es necesario mantener un control imperioso, pero no excesivo sobre las mismas, a fin de no restarles rentabilidad, eficiencia y competitividad. Asimismo, Noruega nos demuestra, una vez más, que el Estado puede ser un buen gestor empresarial siempre y cuando se adopten las medidas necesarias para despolitizar a las instituciones a fin que ellas obtengan la suficiente libertad para operar como agentes privados y mejorar sus resultados empresariales.

Precisamente por estas razones postulamos la constitución de un FSI distinto al FEF, pues este no se encuentra despolitizado y su finalidad es distinta a la que pretendemos designar al nuevo FSI, tal como veremos a continuación.

El FEF fue creado mediante la Ley N° 27245 – Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal; se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y está administrado por un directorio compuesto por el Ministro de Economía y Finanzas, el Presidente del BCRP y un representante designado por la Presidencia del Consejo de Ministros. El FEF se nutre de: “1) el saldo presupuestal de libre disponibilidad del Tesoro Público obtenido al final de cada año fiscal en la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, de ser positivo, siempre que el ahorro acumulado en el Fondo de Estabilización Fiscal no sea mayor al 4% del PBI; 2) el

¹⁸⁴ GUAMÁN JARAMILLO, Luis Alfredo. *Ob. cit.*, pp. 48-49.

¹⁸⁵ WIRTH, Eszter. *Ob. cit.*, p. 196.

10% de los ingresos líquidos de cada operación de venta de activos por privatización; 3) el 10% de los ingresos líquidos del pago inicial de concesiones del Estado; y 4) otros recursos autorizados por norma expresa”¹⁸⁶.

Finalmente, respecto a los usos del FEF, éste solamente podrá ser utilizado de acuerdo a los siguientes parámetros: 1) cuando se activan las cláusulas de excepción de las reglas macrofiscales, lo cual ocurre en casos de desastre o de choques externos significativos que afecten los ingresos fiscales; o cuando la actividad económica, por factores exógenos, requiera modificar el resultado económico; 2) la totalidad de los recursos provenientes de los nuevos procesos de privatización y concesiones que perciba el FEF deberán ser destinados al Fondo de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, siempre que el ahorro acumulado en el FEF sea mayor a 4 % del PBI; 3) el ahorro acumulado en el FEF que exceda el 4 % del PBI puede ser empleado para reducir la deuda pública bruta, en caso esta superara temporalmente el 30 % del PBI; y 4) los ingresos generados por intereses son recursos de libre disponibilidad del Tesoro Público¹⁸⁷.

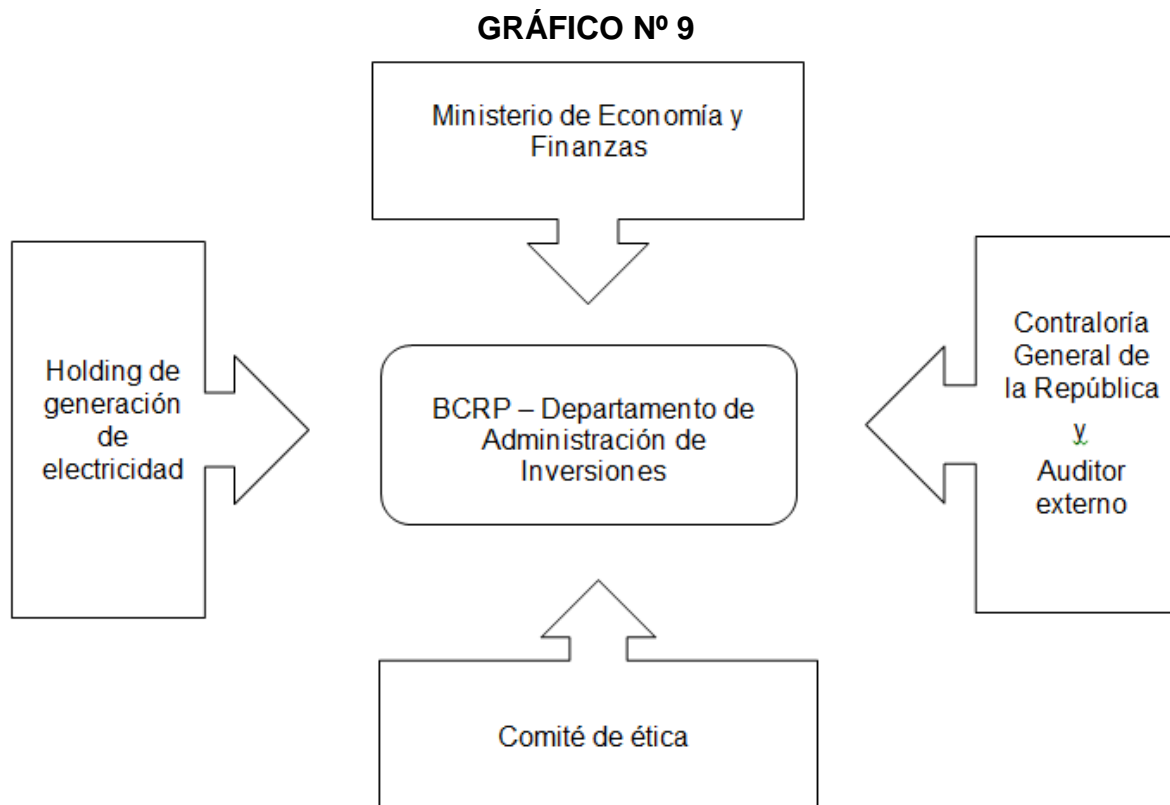
Debido a esto, consideramos idóneo constituir un FSI distinto al FEF, el cual estaría constituido por los ingresos generados por el holding conformado por EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN. Este FSI permitirá, en un inicio, optimizar el financiamiento solo de las citadas empresas, el cual es necesario para que las mismas puedan realizar investigaciones tendientes a desarrollar nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas a fin de diversificar la matriz energética, lo cual les permitirá atender la actual y la futura demanda de energía eléctrica, coadyuvar a cerrar las brechas sociales que arrastra el país, cumplir los objetivos de las políticas públicas del sector electricidad, ser eficientes, rentables y competitivas, lo cual garantizará la sostenibilidad de su negocio.

Es decir, consideramos adecuado constituir un FSI de desarrollo, el cual, como hemos dicho, en un inicio tendrá un alcance limitado a las empresas sub examine; pero esto no impide que el mismo, posteriormente, incluya a las demás empresas

¹⁸⁶ SALAS, Raúl; CAMACHO, Diego; ALZAMORA, Miguel. *El Fondo de Estabilización Fiscal en el Perú*, [ubicado el 10.IX 2019]. Obtenido en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-174/moneda-174-07.pdf>

¹⁸⁷ Ídem.

públicas de generación de electricidad y se torne en un FSI de estabilización e inversiones estratégicas. Pero para lograr estos resultados consideramos que el FSI debería estar estructurado de la siguiente manera:



En este sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas será el propietario del FSI y como tal formulará, orientará y supervisará la estrategia de inversión del fondo, la cual deberá estar orientada a incrementar las inversiones efectuadas con los recursos proporcionados por el holding de generación de electricidad. Asimismo, el Ministerio de Economía y Finanzas será quien decidirá qué empresas deberían ser excluidas de las inversiones.

Por lo tanto, la administración del FSI deberá ser encargada al BCRP, específicamente debería crearse un departamento especializado para la gestión de inversiones dentro del BCRP, el cual podría denominarse Departamento de Administración de Inversiones del BCRP. Esta medida evitará confundir el FSI con las Reservas del Estado, y no generará la apariencia de que el FSI constituye un segundo fondo de respaldo al déficit fiscal, lo cual es muy importante porque la finalidad del FSI es desarrollar el sector electricidad a fin de abastecer la actual y la futura demanda de energía eléctrica.

Asimismo, es preciso garantizar la independencia y libertad del Departamento de Administración de Inversiones del BCRP a fin de lograr la mayor rentabilidad posible de las inversiones, por ello consideramos que los miembros del referido departamento deberían ser elegidos por el Ministerio de Economía y Finanzas en base a una propuesta realizada por la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, esto en virtud del inciso i) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1023, en el cual se establece como una de las funciones de SERVIR, “normar y gestionar el Cuerpo de Gerentes Públicos”. De este modo, se limitará la interferencia política del Ministerio de Economía y Finanzas en las actividades de inversión. Además, al crearse un organismo especializado, dedicado solamente a gestionar el FSI, se garantiza una gestión más eficiente, lo cual permitirá cumplir la estrategia de inversión formulada por el Ministerio de Economía y Finanzas, y que el Departamento de Administración de Inversiones del BCRP pueda proponer algunas estrategias de inversión al citado Ministerio.

No obstante, dado que el FSI opera con recursos públicos, es preciso supervisar la gestión del FSI, por lo cual el BCRP deberá publicar tres informes trimestrales (correspondientes a los tres primeros trimestres del año) y un informe anual sobre la gestión del mencionado fondo. Además, deberá crearse un Consejo de ética, cuyos miembros serán elegidos por SERVIR, garantizándose así su independencia; éste órgano se dedicará a supervisar las inversiones del mencionado FSI desde un punto de vista ético, a fin de proponer al Ministerio de Economía y Finanzas la desinversión en determinadas empresas porque realizan actividades poco éticas. Para esto, el Ministerio de Economía y Finanzas deberá formular los lineamientos que el Consejo de ética deberá seguir para evaluar a las empresas.

Para coadyuvar en el control y transparencia del FSI, consideramos que este deberá ser sometido a un control externo, a una auditoría interna y a una auditoría externa. El primero deberá ser realizado por la Contraloría General de la República; el segundo será efectuado por el auditor interno del BCRP; y la auditoría externa deberá ser realizada por una sociedad de auditoría designada por la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo establecido en el

artículo 20° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República¹⁸⁸.

Por último, consideramos que a fin de no desestabilizar la economía, la transferencia de los recursos del holding hacia el FSI deberá efectuarse cuando se registre un superávit fiscal. Y para garantizar que el FSI cumplirá su finalidad de desarrollar el sector electricidad, consideramos adecuado que en este sistema también se aplique la “regla fiscal del 4%”, es decir, que el FSI solo podrá transferir recursos al presupuesto estatal cuando su rentabilidad real neta sea igual a 4%, y solo este porcentaje se podrá transferir.

En este sentido, como hemos visto, mediante la constitución de un holding estatal distinto a FONAFE, constituido por las empresas de generación de electricidad, EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, a estas se les otorgará la flexibilidad suficiente para que operen eficientemente, ya que estarán despolitizadas. Sin embargo, esto no implica sacrificar la debida supervisión, puesto que mediante el holding se mantendrá un control imperioso pero no excesivo de la gestión empresarial de todos los órganos integrantes del holding, a fin de uniformizar la gestión de las tres empresas integrantes, y, por ende, el desarrollo económico y financiero de cada una de ellas.

De esta forma, al estar bien gestionadas, podrían acceder a financiamientos otorgados por bancos privados o públicos, o podrían financiarse entre ellas mismas, ya que no habría la incertidumbre de iliquidez, o, mejor aún, podrían emplear sus recursos para constituir un FSI de desarrollo, a fin de poder financiar el desarrollo de sus actividades de generación y realizar investigaciones tendientes a desarrollar nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas para diversificar la matriz energética.

Todo esto, tanto la constitución del holding estatal como el FSI, es muy importante y necesario para atender la actual y la futura demanda de energía eléctrica, coadyuvar a cerrar las brechas sociales que arrastra el país y cumplir los objetivos

¹⁸⁸ Art. 20°.- Sociedades de Auditoría

“Las sociedades de auditoría, para efectos de esta Ley, son las personas jurídicas calificadas e independientes en la realización de labores de control posterior externo, que son designadas previo Concurso Público de Méritos, y contratadas por la Contraloría General de la República para examinar las actividades y operaciones de las entidades, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados a las mismas.

de las políticas públicas del sector electricidad. Asimismo, les permitirá a EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN ser empresas eficientes, rentables y competitivas, lo cual, a su vez, garantizará la sostenibilidad de su negocio, y esto es muy importante ya que como se ha demostrado su participación en el mercado de electricidad no solo es subsidiaria, es de manifiesta conveniencia nacional. Además, a través del holding y el FSI se reivindicará la capacidad competitiva de la empresa pública a fin que la misma pueda operar eficientemente en la Economía Social de Mercado, sin menoscabo de la empresa privada, ya que mediante las referidas medidas las empresas públicas serán autosostenibles y no necesitarán de subsidios estatales.

Cabe agregar que, la constitución del holding estatal es posible porque el artículo 193° de la Ley General de Sociedades deja a salvo la posibilidad de que la gestión de una empresa sea asumida por otra empresa, y en tanto EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN son empresas públicas, ya que tienen una naturaleza comercial, es jurídica y físicamente posible la constitución de un holding estatal de generación de electricidad distinto a FONAFE.

Y, con respecto al FSI, su constitución también es física y jurídicamente posible, aun cuando el artículo 81° del Decreto Ley N° 26123 – Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú– establezca que “está vedado al Banco asignar recursos para la constitución de fondos especiales que tengan por objeto otorgar créditos o efectuar inversiones para promover alguna actividad económica no financiera”, pues el FSI no será constituido con recursos del Banco, sino con los recursos generados por el holding estatal de generación de electricidad que proponemos crear.

CONCLUSIONES

1. Conforme a lo expuesto, la constitución de un holding estatal distinto a FONAFE donde el Directorio no esté constituido por Ministros de Estado sino por miembros independientes elegidos por SERVIR, no solo permitirá separar los roles de empresario y regulador, del Estado, limitarán las interferencias políticas y posibilitará mejorar la gestión de las empresas públicas, ya que las mismas serán sometidas a una única gestión empresarial, lo cual permitirá un desarrollo empresarial individual y colectivo de las empresas públicas. Pero, a fin de conseguir un desarrollo tanto económico como financiero, el holding podría usar las ganancias generadas para constituir un FSI de desarrollo, el cual les permitirá a las empresas públicas incrementar los recursos para realizar investigaciones tendientes a desarrollar nuevas formas de generar energía eléctrica mediante otras fuentes energéticas. Esto permitirá diversificar la matriz energética, lo cual, a su vez, les permitirá a las empresas públicas ser eficientes, rentables y competitivas, así como que puedan cumplir las políticas públicas sectoriales y atender la actual y la futura demanda de energía eléctrica. Es decir, a través de holding y el FSI se reivindicará la capacidad competitiva de la empresa pública a fin que la misma pueda operar eficientemente en la Economía Social de Mercado, sin menoscabo de la empresa privada, ya que mediante las referidas medidas las empresas públicas serán autosostenibles y no necesitarán de subsidios estatales.

2. Luego de analizar la evolución histórica de las empresas públicas, y exponer las ventajas y desventajas de aquellas para la economía, podemos aseverar que las mismas precisan ser sometidas a reformas a fin de que puedan

generar la mayor rentabilidad posible. Esto es importante por la esencial contribución de las mismas a la economía nacional, pues permiten cerrar brechas sociales que arrastra el país, cumplir las políticas públicas del sector electricidad y atender la actual y futura demanda de energía eléctrica. Por este motivo, las reformas deben estar orientadas a despolitizar a las empresas públicas, porque así se diferenciarán los roles de empresario y regulador, del Estado, se limitarán las interferencias políticas en las empresas públicas y a aquellas se les brindará mayor libertad para operar, lo cual incrementará su rentabilidad, competitividad y eficiencia, y, por ende, podrán atender la actual y futura demanda de electricidad. Pero, para conseguir estos objetivos, también es necesario que a través de dichas reformas se reduzca el control excesivo de las empresas y se cree un sistema de financiamiento más acorde al negocio de las mismas. De esta manera, se garantizará la competitividad de las empresas públicas y se evitará estigmatizar al Estado como un pésimo empresario. Cabe precisar que estos objetivos son realizables si se efectúan las reformas puntualizadas, pues, como se ha demostrado, estas reformas les han permitido a Finlandia, Noruega y Chile, contar con empresas públicas eficientes, competitivas y rentables, tanto como cualquier empresa privada, respetando, además, los principios de la Economía Social de Mercado, entre ellos la libre competencia.

3. A fin de obtener la mayor eficiencia operativa de las empresas públicas, y luego de haberse analizados los casos de las empresas públicas de Finlandia, Noruega y Chile, consideramos preciso constituir un holding estatal distinto a FONAFE, conformado por las empresas EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, empresas públicas de generación de electricidad, y constituir un FSI de desarrollo. Pero, además, es necesario que estos órganos estén constituidos por personas independientes del Estado, es decir, sus miembros no deberán ser Ministros de Estado; sino, personas especializadas dedicadas solamente a gestionar dichos órganos. Esto permitirá una mejor gestión de dichos órganos, pues los miembros de aquellos podrán operar con mayor libertad, operarían como lo harían los miembros de una compañía privada. Pero, dado que no es posible otorgarles una libertad absoluta, pues administran recursos

públicos, estarán supervisados por el respectivo Ministerio sectorial, la Contraloría General de la República y auditores internos y externos. De este modo, no solo se logrará obtener la mayor rentabilidad, eficiencia y competitividad de las empresas públicas, se conseguirá que las mismas puedan atender la actual y la futura demanda de energía eléctrica, y que alcancen las metas sociales y los objetivos de las políticas públicas del sector electricidad.

4. Si bien el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 y el primer párrafo del artículo 60° de la Constitución Política, interpretados conjuntamente, prohíben toda iniciativa empresarial del Estado en aras de tutelar la libre competencia, dicha interpretación es errónea, pues al considerarse el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución, ésta se constituye en una norma habilitante para la participación de las empresas públicas. Dicho párrafo prescribe que las empresas públicas y privadas deben recibir el mismo trato legal, es decir, deben operar bajo las mismas condiciones. Por lo cual, realizando una interpretación sistemática del artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 y del segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución, se puede concluir que no existe prohibición expresa para que EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN realicen actividad empresarial. Es más, en virtud a esta interpretación, las empresas *sub examine* deberían ser tratadas como una empresa privada más, lo cual hace posible la constitución del holding estatal de generación de electricidad, ya que este modelo de gestión empresarial es propia de las empresas privadas. De esta manera se permitirá incrementar la eficiencia, competitividad y rentabilidad de EGEMSA, EGASA y SAN GABÁN, empresas públicas de generación de electricidad.

BIBLIOGRAFÍA

• Libros:

1. AFANADOR, Sandra; BERNAL, Andrés y ONETO, Andrés. *Efectividad y estructura de los directorios de las empresas de propiedad estatal en América Latina y el Caribe*, Bogotá, CAF, 2017.
2. ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, Lima, ARA, 2004.
3. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Glosario de términos económicos*, Lima, BCRP, 2011.
4. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Reporte de Inflación, junio 2019*, Lima, BCRP, 2019.
5. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Ciclo de proyecto de las asociaciones público privadas. Unidad 1: Fases para el desarrollo de proyecto de APP*, Módulo IV, Lima, BID, 2016.
6. BANCO MUNDIAL. *Gobierno corporativo de las Empresas Públicas en América Latina*, BANCO MUNDIAL, 2014.
7. BARDELLA, Gianfranco. *Un siglo en la vida económica del Perú 1889-1989*, Lima, BCP, 1989.
8. BERNAL, Andrés; ONETO, Andrés; y otros. *Gobierno Corporativo en América Latina. Importancia para las empresas de propiedad estatal*, Bogotá, CAF, 2012.
9. BOLOÑA BEHR, Carlos. *De Toledo a...??? Del caos al desastre*, Lima, IELM, 2003.
10. BBVA Research. *Situación Perú. Tercer Trimestre 2019*, Lima, BBVA Research, 2019.
11. CESPEDES ZAVALA, Adolfo. *El Estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Lima, Caballero Bustamante, 2010.
12. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, 2019*, Santiago, CEPAL, 2019.

13. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú*, Lima, CGR, 2015.
14. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Efectividad de la inversión pública a nivel regional y local durante el período 2009 al 2014*, Lima, CGR, 2015.
15. CRESPO, Ricardo. *Filosofía de la economía*, Navarra, EUNSA, 2012.
16. DALLA VIA, Alberto. *Derecho Constitucional económico*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
17. DAMMERT LIRA, Alfredo; MOLINELLI ARISTONDO, Fiorella y CARBAJAL NAVARRO, Max. *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano*, Lima, OSINERGMIN, 2011.
18. DAMMERT, Alfredo, GALLARDO, José y GARCÍA, Raúl. *Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano. Documento de Trabajo N° 5*, Lima, Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, 2005.
19. DE ACEVEDO SANCHÉZ, Enrique. *Gestión de empresas públicas. Las ventajas de los modelos centralizados*, BID, 2016.
20. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, 10° Ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004.
21. EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA DE AREQUIPA S.A. *Memoria Institucional Ejercicio 2018*, Arequipa, EGASA, 2019.
22. EMPRESA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA MACHUPICCHU S.A. *Memoria Anual 2018*, Cusco, EGEMSA, 2019.
23. EMPRESA DE GENERACIÓN SAN GABÁN S.A. *Memoria Anual 2017*, Puno, SAN GABÁN, 2017.
24. ENRIONE, Alfredo. *Directorio y gobierno corporativo. El desafío de agregar valor en forma sostenida*, Santiago de Chile, ESE Business School, 2014.
25. EQUINOR. *Annual Report and Form 20-F 2018*, Stavanger, EQUINOR, 2019.
26. FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Memoria Anual 2017*, Lima, FONAFE, 2017.
27. GALLEGOS MOLINA, Luis. *Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y Responsabilidad Social Empresarial*, Lima, Impresiones de Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2008.

28. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
29. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Introducción al Derecho Público Económico*, Lima, Caballero Bustamante, 2009.
30. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *La Constitución Política: Un análisis funcional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2015.
31. JIMÉNEZ JAIMES, Félix. *Elementos de teoría y política macroeconómica para una economía abierta*, Tomo I, Lima, PUCP, 2012.
32. HALM, George. *Sistemas económicos*, Madrid, Rialp, 1964.
33. LANEGRA QUISPE, Iván (coordinador). *La electrificación rural en el Perú. Derechos y desarrollo para todos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2010.
34. MOLAS, Isidre. *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2005.
35. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio Público y mercado*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1998.
36. PIZZORUSSO, Alesandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
37. RESICO, Marcelo. *Introducción a la Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
38. RIVADENEIRA FRISCH, Juan. *Economía Social de Mercado*, Quito, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
39. ROMAGOZA DE LÓPEZ BERTRAND, Rosa. *Manual sobre derecho de la competencia*, El Salvador, UNIVERSIDAD DR. JOSÉ MATÍAS DELGADO, 2010.
40. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo III, Lima, PUCP, 1999.
41. STATKRAFT AS. *Annual Report 2018*, Oslo, STATKRAFT, 2019.
42. SHEAHAN, John. *La economía peruana desde 1950, buscando una sociedad mejor*, Lima, IEP, 2001.
43. TAMAYO PACHECO, Jesús; SALVADOR JÁCOME, Julio; VÁSQUEZ CORDANO, Arturo y VILCHES CEVALLOS, Carlo. *La industria eléctrica en el Perú: 25 años de aportes al crecimiento económico del país*, Lima, OSINERGMIN, 2016.

44. TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú*, Lima, Asesorandina, 1994.
45. UGARTECHE, Óscar. *Adiós Estado, Bienvenido Mercado*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, 2004.

• **Diccionarios:**

1. TAMAYO SALOMÓN, Rolando. “Legitimidad” en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo VII, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

• **Artículos publicados en obras colectivas:**

1. GUILLÉN, Jorge. “¿Cuál es el origen de la crisis?” en *Crisis. Análisis y perspectivas de la crisis económica mundial desde el Perú*, Lima, Norma, 2009.
2. HNYILICZA, Esteban. “¿La teoría económica puede explicar la crisis?” en *Crisis. Análisis y perspectivas de la crisis económica mundial desde el Perú*, Lima, Norma, 2009.
3. KISIC, Drago. “Privatizaciones, inversiones y sostenibilidad de la economía peruana” en *El Perú de Fujimori*, Lima, UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO, 2000.
4. MONTOYA CHAVEZ, Víctor. “La configuración jurisprudencial del constitucionalismo económico” en *Constitución económica del Perú. Foro económico Asia-Perú*, coordinado por Cesar Landa Arroyo, Lima, Grijley, 2008.
5. RODRICH, Álvarez. “Del Estado empresario al Estado regulador” en *Perú 1964-1994. Economía, sociedad y política*, Lima, IEP, 2005.

• **Tesis:**

1. CALDERÓN ROJAS, Ximena Raquel. *Empresas estatales peruanas de generación eléctrica bajo la mira: Un análisis desde el principio de subsidiariedad*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lima, P.U.C.P., 2017.
2. CANO GALLARDO, Coral de Cielo. *Los Fondos Soberanos de Inversión*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Internacional, Lima, P.U.C.P., 2014.
3. CORNEJO PAREJA, Vicky Daniela. *El régimen de financiamiento de la empresa estatal de Distribución Eléctrica: Análisis de su inclusión en el Sistema Nacional de Endeudamiento, a propósito del Artículo 60° de la Constitución Política del Perú*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho de la Empresa, Lima, P.U.C.P., 2018.

4. DÍAZ PEÑA, James. *La unipersonalidad societaria como modelo de flexibilización empresarial peruana*, Tesis para optar el título de Abogado, Tacna, UNIVERSIDAD NACIONAL JORGE BASADRE GROHMANN, 2014.
5. GUAMÁN JARAMILLO, Luis Alfredo. *Modelo de gestión y manejo de los fondos de estabilización petrolera: Análisis comparativo del caso noruego y del caso ecuatoriano*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Economía, Ecuador, F.L.A.C.S.O., 2015.
6. POLANCO NORIEGA, Emmanuel Antonio. *Convenios de interconexión eléctrica para consolidar el uso de energías renovables no convencionales en la matriz energética peruana*, Tesis para optar el Título de Abogado, Lambayeque, U.S.A.T., 2018.
7. REBOLLO ALVARADO, William. *Despolitización de la función pública: análisis de la eficacia del Sistema de Alta Dirección Pública en la República de Chile*, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Santiago de Chile, UNIVERSIDAD DE CHILE, 2014.
8. WIRTH, Eszter. *Los fondos soberanos de inversión y su coordinación con las políticas macroeconómicas: el caso de Noruega, 1990-2015*, Tesis para optar el grado académico de Doctor en Economía, Madrid, UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, 2017.

- Artículo de Revista:

1. ÁLVAREZ, César. "Perú y Latinoamérica: En busca del tiempo perdido", *Strategia*, N° 38, octubre 2015.
2. CÁRCAMO CÁRCAMO, Enrique. "Estas APP no son para celulares", *Tiempo de opinión*, N° 8, octubre 2015.
3. CASANA DE BURGA, Patricia. "Modernización del Estado y administración pública" *Ius et Praxis*, N° 45, 2014.
4. CASILDA BÉJAR, Ramón. "América Latina y el Consenso de Washington", *Boletín económico de ICE*, N° 2803, Agosto 2004.
5. CEDILLO DEL ÁGUILA, Fabiola. "Naturaleza y formalización de las empresas de propiedad del Estado", *Revista Jurídica del Perú*, N° 130, Diciembre 2011.
6. CESPEDES ZAVALETA, Adolfo. "Comentario a la resolución 3134-2010/SCI-INDECOPI", *Revista Jurídica del Perú*, N° 122, Abril 2011.
7. CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. "Conjeturas sobre algunos aspectos generales del funcionamiento y la regulación de las empresas públicas peruanas: a propósito del Decreto Legislativo N° 1031", *Gestión Pública y Desarrollo*, N° 13, Agosto 2008.

8. DE LA VEGA, Beatriz. "Apuesta energética", *Revista Execution*, Vol. VI, junio 2019.
9. HUAPAYA NAVA, Mario; TERRAZOS POVES, Juana. "La actividad empresarial del Estado. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado", *Jus. Doctrina y Práctica*. N° 8, Agosto 2008.
10. HUAPAYA TAPIA, Ramón. "Diez tesis sobre las asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 13, enero 2013.
11. HUAPAYA TAPIA, Ramón. "Concepto y régimen jurídico del servicio público en el Ordenamiento Público Peruano", *Ius et Veritas*, N° 50, julio 2015.
12. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. "La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993", *Ius et Veritas*, N° 22, julio 2001.
13. MENDOZA BELLIDO, Waldo. "Milagro peruano: ¿buena suerte o buenas políticas?", *Economía*, N° 72, diciembre 2013.
14. MOROSINI, Piero. "Flujos de capital hacia América Latina: ¿Una década ganada?", *Strategia*, N° 36, junio 2015.
15. OLIVOS CELIS, Milagros. "Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana", *IUS*, N° 2, Diciembre 2011.
16. PARODI TRECE, Carlos. "Crisis económica mundial e Impactos sobre el Perú", *Tiempo de opinión*, N° 5, septiembre 2012.
17. REBOLLO ALVARADO, William. "Despolitización de la función pública: análisis de la eficacia del Sistema de Alta Dirección Pública en la República de Chile", *Revista Estudios de Políticas Públicas*, Vol. I, N° 2, enero, 2016.
18. RODRÍGUEZ CAIRO, Vladimir. "Principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú", *Quipukamayoc*, N° 45, Agosto 2016.

- Recursos Electrónicos:

1. BANCO MUNDIAL. *Perfil de país*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: https://databank.worldbank.org/views/reports/reportwidget.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=FIN
2. BANCO MUNDIAL. *Perfil de país*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: https://databank.worldbank.org/views/reports/reportwidget.aspx?Report_Name=CountryProfile&Id=b450fd57&tbar=y&dd=y&inf=n&zm=n&country=NOR

3. COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL. *Metodología a utilizar para realizar la asignación del despacho económico y la Reserva para RSF (PR-22)*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.coes.org.pe/Portal/MarcoNormativo/DecisionesEjecutivasNotasTecnicas>
4. COMITÉ DE OPERACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA INTERCONECTADO NACIONAL. *Producción de electricidad del SEIN*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.coes.org.pe/Portal/Publicaciones/Estadisticas/>
5. EQUILBRIUM. *Análisis del sector eléctrico peruano: Generación*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.equilibrium.com.pe/sectorialelectrmar18.pdf>
6. FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Lineamiento corporativo: "Lineamientos de gestión de endeudamiento"*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/leyes/42/Doc/4.4.4.16.1%20Lineamiento%20de%20Gesti%C3%B3n%20de%20Endeudamiento.pdf
7. FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Lineamientos que regulan la gestión de los préstamos otorgados por FONAFE y por las empresas no financieras bajo su ámbito*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/leyes/42/Doc/4.4.4.16.3%20Lineamientos%20que%20regulan%20la%20gesti%C3%B3n%20de%20los%20pr%C3%A9stamos.pdf
8. FONDO NACIONAL DE FINANCIAMIENTO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. *Modelo de gestión corporativa*. [ubicado el 04.IX 2019]. Obtenido en: https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/aspectos-generales/4/Doc/Organigrama%20del%20Centro%20Corporativo.pdf
9. GUTIERREZ, Claudia. *Guerra eléctrica: todo lo que necesitas saber para entender la distorsión del sector*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <https://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/energia/361514-guerra-electrica-todo-lo-que-necesitas-saber-para-entender-la-distorsion-del-sector/>
10. INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS (IWG-SWF). *Sovereign Wealth Funds, Generally Accepted Principles and Practices*. [ubicado el 09.IX 2019]. Obtenido en: https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf
11. NORWEGIAN MINISTRY OF TRADE, INDUSTRY AND FISHERIES. *Meld. St. 27 (2013–2014) Report to the Storting (white paper)*. [ubicado el 03.IX 2019]. Obtenido en:

- <https://www.regjeringen.no/contentassets/899ac257df2648d788942b78c6d59787/en-gb/pdfs/stm201320140027000engpdfs.pdf>
12. OECD. *OECD Better Life Index*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/countries/finland-es/>
 13. OECD. *OECD Better Life Index*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/countries/norway/>
 14. OECD. *Satisfacción de vida*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/es/topics/life-satisfaction-es/>
 15. OSINERGMIN. *Participación de las empresas GENERADORAS en el mercado del sistema eléctrico*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/electricidad/Documentos/Publicaciones/Participacion-Empresas-Mercado-Elctrico-2018.pdf
 16. RAMOS ARECHAGA, Eduardo. *La reforma eléctrica 2019: Tres pilares para su implementación*. [ubicado el 27.VIII 2019]. Obtenido en: <http://prometheo.pe/la-reforma-electrica-2019-tres-pilares-para-su-implementacion/>
 17. Resolución N° 3124-2010/SC1-INDECOPI, Considerando segundo de la Resolución de la Sala. Consulta: 06 de septiembre de 2019. Disponible en: <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Polleria-El-Rancho-Rol-Subsidiario-del-Estado-Peru.pdf>
 18. SALAS, Raúl; CAMACHO, Diego; ALZAMORA, Miguel. *El Fondo de Estabilización Fiscal en el Perú*, [ubicado el 10.IX 2019]. Obtenido en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-174/moneda-174-07.pdf>
 19. Sentencia del expediente N° 0050-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 44. Consulta: 30 de julio de 2019. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>
 20. Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 16. Consulta: 30 de julio de 2019. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>.
 21. SOVEREIGN WEALTH LABS. *Sovereign wealth funds 2017*, [ubicado el 09.IX 2019]. Obtenido en: <https://sites.tufts.edu/sovereignet/files/2018/06/SOVEREIGN-WEALTH-LAB-REPORT-2017.pdf>
 22. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perception Index 2018*. [ubicado el 10.VIII 2019]. Obtenido en:

https://www.transparency.org/files/content/pages/2018_CPI_Executive_Summary.pdf

23. VANTAAN ENERGÍA. *Nosotros*. [ubicado el 16.VIII 2019]. Obtenido en: <https://www.vantaanenergia.fi/en/we/vantaaenergy/>
24. WIRTH, Eszter. *La evolución de la estrategia de inversión del fondo soberano noruego (GPFG)*, [ubicado el 09.IX 2019]. Obtenido en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/8713/8429>

ANEXO

CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX

2018




TRANSPARENCY
INTERNATIONAL
The global coalition against corruption

Transparency International is a global movement with one vision: a world in which government, business, civil society and the daily lives of people are free of corruption. Through more than 100 chapters worldwide and an international secretariat in Berlin, we are leading the fight against corruption to turn this vision into reality.

#cpi2018

www.transparency.org/cpi

This work is licensed under CC BY-ND 4.0 
Transparency International 2019.

ISBN: 978-3-96076-116-7
Printed on 100% recycled paper.

Every effort has been made to verify the accuracy of the information contained in this report. All information was believed to be correct as of January 2019. Nevertheless, Transparency International cannot accept responsibility for the consequences of its use for other purposes or in other contexts.

Generous support for the Corruption Perceptions Index 2018 is provided by EY.

CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2018

The 2018 Corruption Perceptions Index, published by Transparency International, measures the perceived levels of public sector corruption in 180 countries and territories. Drawing on 13 surveys of businesspeople and expert assessments, the index scores on a scale of zero (highly corrupt) to 100 (very clean).

The results paint a sadly familiar picture: more than **two-thirds of countries score below 50**, while the average score is just 43.

Perhaps most disturbing is that **the vast majority of countries assessed have made little to no progress**. Only 20 have made significant progress in recent years.

As long as corruption continues to go largely unchecked, democracy is under threat around the world.

“Corruption chips away at democracy to produce a vicious cycle, where corruption undermines democratic institutions and, in turn, weak institutions are less able to control corruption,” said Patricia Moreira, managing director of Transparency International. “With many democratic institutions under threat across the globe – often by leaders with authoritarian or populist tendencies – we need to do more to **strengthen checks and balances and protect citizens’ rights.**”

Citizens demand transparency.

Recent anti-corruption protests from Mongolia to Romania to Guatemala have made clear the public’s outrage with politicians’ abuse of office and attempts to limit their own accountability. Voters’ frustration with corruption has also reshaped the politics of several countries in the past few years. The leaders riding waves of discontent to positions of power must pay more than lip-service to anti-corruption; **it should enter the DNA of their policies and reforms.**

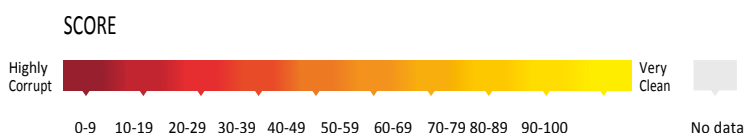
“Our research makes a clear link between having a healthy democracy and successfully fighting public sector corruption,” said Delia Ferreira Rubio, chair of Transparency International. “Corruption is much more likely to flourish where democratic foundations are weak and, as we have seen in many countries, where undemocratic and populist politicians capture democratic institutions and use them to their advantage.”

180 COUNTRIES.

180 SCORES.

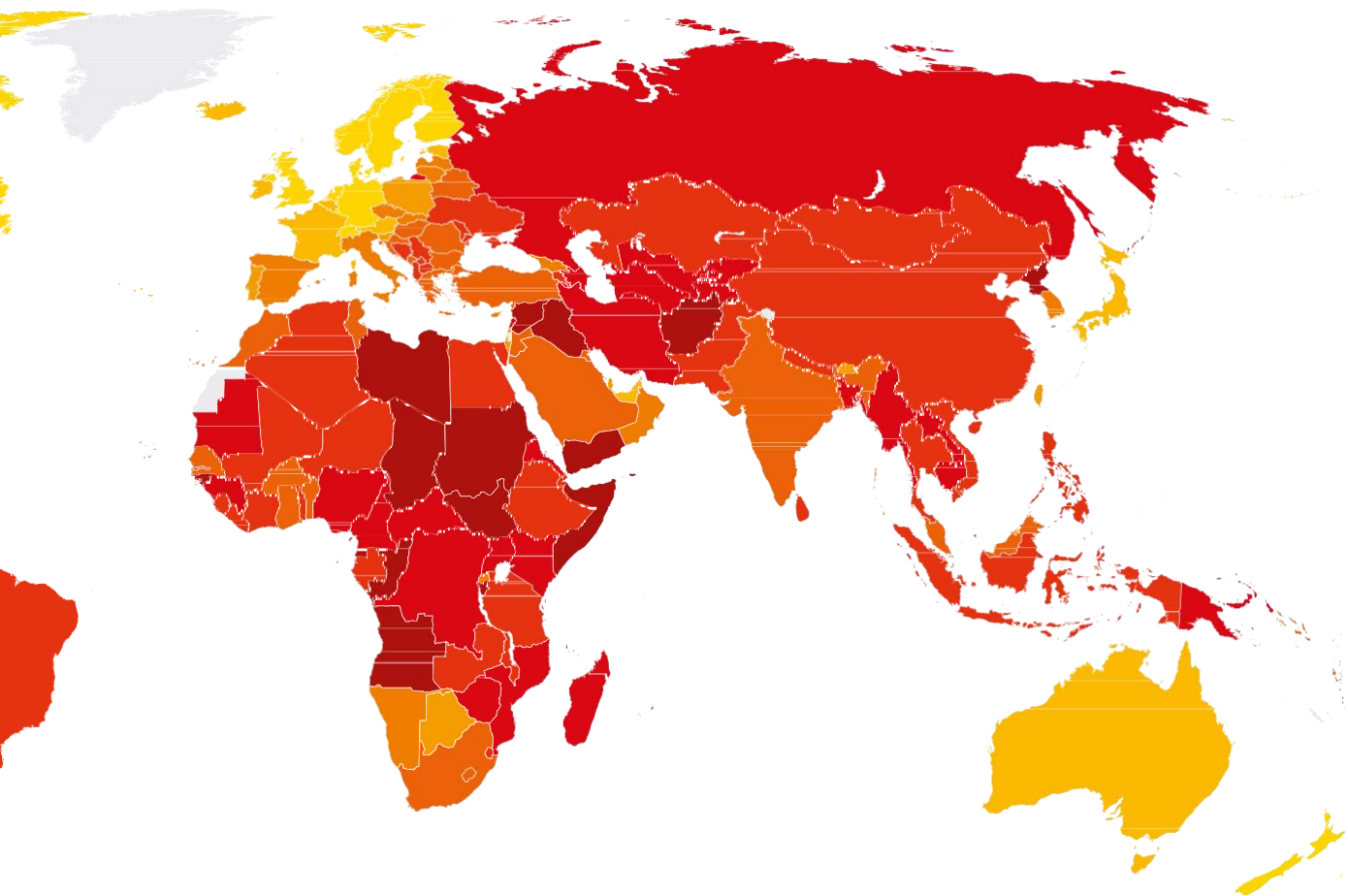
HOW DOES YOUR COUNTRY MEASURE UP?

The perceived levels of public sector corruption in 180 countries/territories around the world.



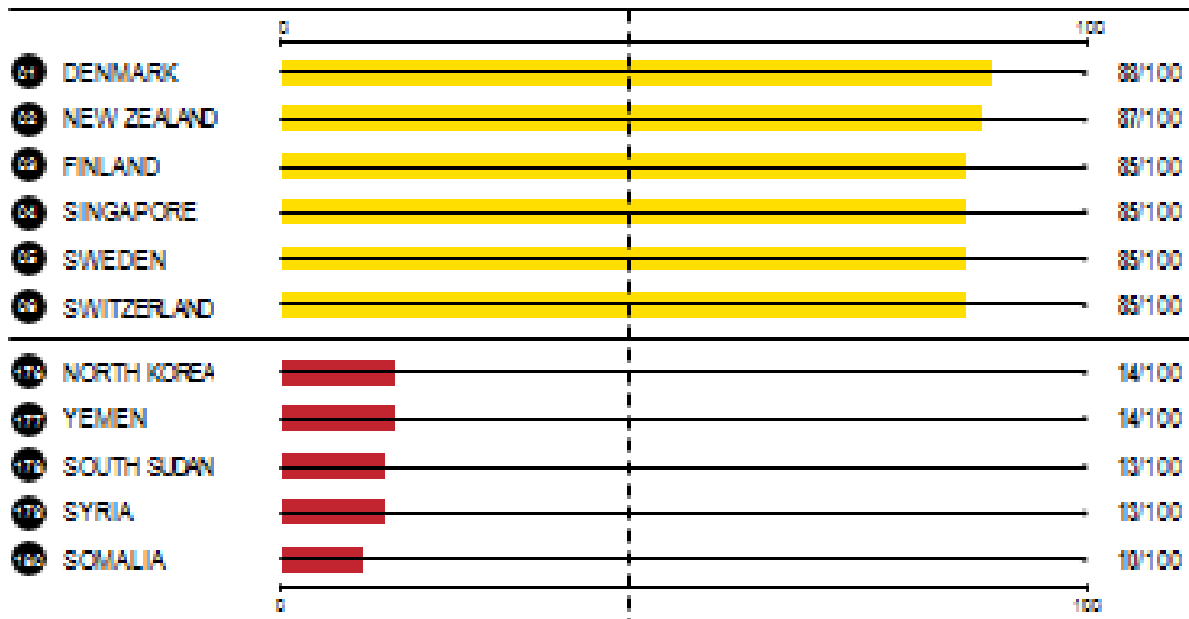
GLOBAL ANALYSIS

SCORE	COUNTRY/TERRITORY	RANK	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	RANK
88	Denmark	1	68	Bhutan	25
87	New Zealand	2	67	Chile	27
85	Finland	3	66	Seychelles	28
85	Singapore	3	65	Bahamas	29
85	Sweden	3	64	Portugal	30
85	Switzerland	3	63	Brunei Darussalam	31
84	Norway	7	63	Taiwan	31
82	Netherlands	8	62	Qatar	33
81	Canada	9	61	Botswana	34
81	Luxembourg	9	61	Israel	34
80	Germany	11	60	Poland	36
80	United Kingdom	11	60	Slovenia	36
77	Australia	13	59	Cyprus	38
76	Austria	14	59	Czech Republic	38
76	Hong Kong	14	59	Lithuania	38
76	Iceland	14	58	Georgia	41
75	Belgium	17	58	Latvia	41
73	Estonia	18	58	Saint Vincent and the Grenadines	41
73	Ireland	18	58	Spain	41
73	Japan	18	57	Cabo Verde	45
72	France	21	57	Dominica	45
71	United States	22	57	Korea, South	45
70	United Arab Emirates	23	56	Costa Rica	48
70	Uruguay	23	56	Rwanda	48
68	Barbados	25	55	Saint Lucia	50
			54	Malta	51
			53	Namibia	52
			52	Grenada	53
			52	Italy	53
			52	Oman	53
			51	Mauritius	56
			50	Slovakia	57
			49	Jordan	58
			49	Saudi Arabia	58
			48	Croatia	60
			47	Cuba	61
			47	Malaysia	61
			47	Romania	61
			46	Hungary	64
			46	Sao Tome and Principe	64
			46	Vanuatu	64
			45	Greece	67
			45	Montenegro	67
			45	Senegal	67
			44	Belarus	70
			44	Jamaica	70
			44	Solomon Islands	70
			43	Morocco	73
			43	South Africa	73
			43	Suriname	73
			43	Tunisia	73
			42	Bulgaria	77
			41	Burkina Faso	78



41	Ghana	78	35	Algeria	105	29	Bolivia	132	23	Mozambique	158
41	India	78	35	Armenia	105	29	Honduras	132	23	Uzbekistan	158
41	Kuwait	78	35	Brazil	105	29	Kyrgyzstan	132	22	Zimbabwe	160
41	Lesotho	78	35	Côte d'Ivoire	105	29	Laos	132	20	Cambodia	161
41	Trinidad and Tobago	78	35	Egypt	105	29	Myanmar	132	20	Democratic Republic of the Congo	161
41	Turkey	78	35	El Salvador	105	29	Paraguay	132	20	Haiti	161
40	Argentina	85	35	Peru	105	28	Guinea	138	20	Turkmenistan	161
40	Benin	85	35	Timor-Leste	105	28	Iran	138	20	Turkmenistan	161
39	China	87	35	Zambia	105	28	Lebanon	138	19	Angola	165
39	Serbia	87	34	Ecuador	114	28	Mexico	138	19	Chad	165
38	Bosnia and Herzegovina	89	34	Ethiopia	114	28	Papua New Guinea	138	19	Congo	165
38	Indonesia	89	34	Niger	114	28	Russia	138	18	Iraq	168
38	Sri Lanka	89	33	Moldova	117	28	Comoros	144	18	Venezuela	168
38	Swaziland	89	33	Pakistan	117	27	Guatemala	144	17	Burundi	170
38	Gambia	93	33	Vietnam	117	27	Kenya	144	17	Libya	170
37	Guyana	93	32	Liberia	120	27	Mauritania	144	16	Afghanistan	172
37	Kosovo	93	32	Malawi	120	27	Nigeria	144	16	Equatorial Guinea	172
37	Macedonia	93	32	Mali	120	27	Bangladesh	149	16	Guinea Bissau	172
37	Mongolia	93	32	Ukraine	120	26	Central African Republic	149	16	Sudan	172
37	Panama	93	31	Djibouti	124	26	Uganda	149	14	Korea, North	176
36	Albania	99	31	Gabon	124	26	Azerbaijan	152	14	Yemen	176
36	Bahrain	99	31	Kazakhstan	124	25	Cameroon	152	13	South Sudan	178
36	Colombia	99	31	Maldives	124	25	Madagascar	152	13	Syria	178
36	Philippines	99	31	Nepal	124	25	Nicaragua	152	10	Somalia	180
36	Tanzania	99	30	Dominican Republic	129	25	Tajikistan	152			
36	Thailand	99	30	Sierra Leone	129	25	Eritrea	157			
			30	Togo	129	24					

▲ TOP COUNTRIES



▼ BOTTOM COUNTRIES

GLOBAL AVERAGE

HIGHEST SCORING REGION

**WESTERN EUROPE
& EUROPEAN UNION**

66/100

AVERAGE REGIONAL SCORE

⊖ SINCE 2017

LOWEST SCORING REGION

**SUB-SAHARAN
AFRICA**

32/100

AVERAGE REGIONAL SCORE

⊖ SINCE 2017

**2/3 OF COUNTRIES
SCORE BELOW**

50/100

**THE AVERAGE
COUNTRY SCORE IS**

43/100

WITHIN THE LAST 7 YEARS:

20

COUNTRIES IMPROVED*

Including:

ARGENTINA



Since 2015

CÔTE D'IVOIRE



Since 2013

GUYANA



Since 2012

HUNGARY



Since 2012

MEXICO



Since 2013

MALTA



Since 2015

16

COUNTRIES DECREASED*

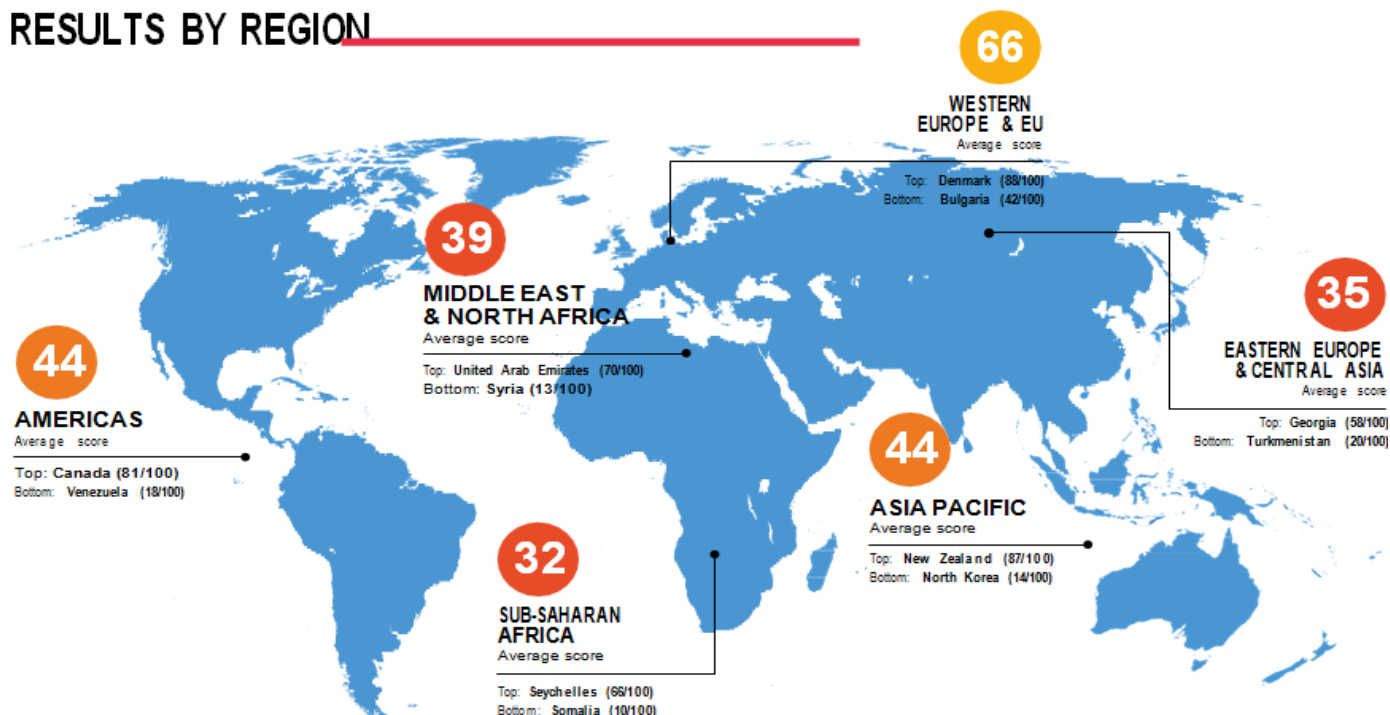
Including:



THE REMAINING COUNTRIES MADE LITTLE OR NO PROGRESS IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN RECENT YEARS

*In these six examples, we report the year between 2012 and 2018 from which the score change is statistically significant

RESULTS BY REGION



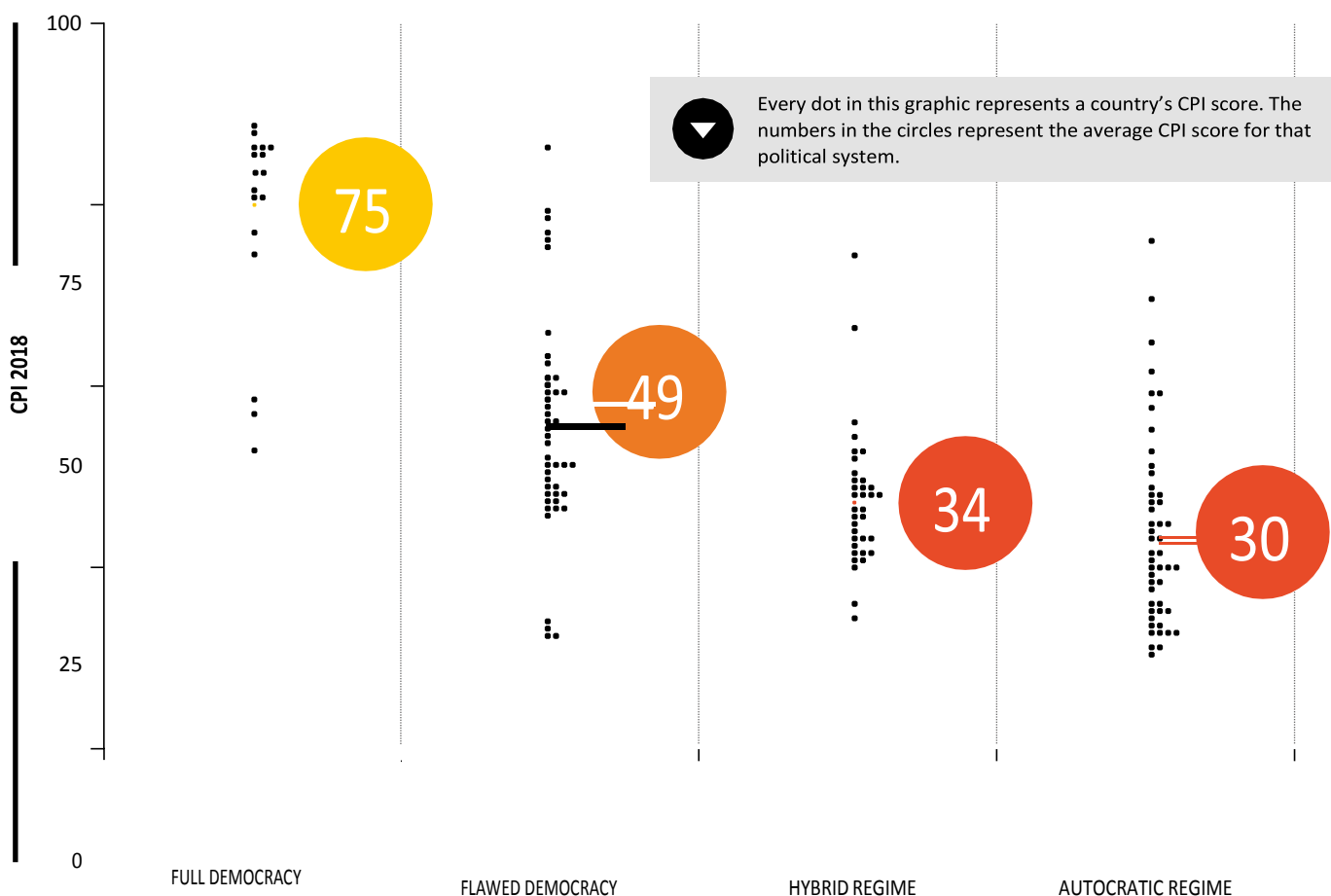
CORRUPTION AND THE CRISIS OF DEMOCRACY

“Our research makes a clear link between having a healthy democracy and successfully fighting public sector corruption. Corruption is much more likely to flourish where democratic foundations are weak and, as we have seen in many countries, where undemocratic and populist politicians capture democratic institutions and use them to their advantage.”

Delia Ferreira Rubio, chair of Transparency International

CORRUPTION UNDERMINES DEMOCRACY

Beating corruption is crucial to healthy democracy. There are **no full democracies that score below 50** on the CPI. Similarly, very few countries that have autocratic characteristics score higher than 50.



DEMOCRACY INDEX 2018 (ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT)

The following countries have experienced a **decline in both the health of their democracies* and control of corruption:**

* From Freedom House

TURKEY

CPI SCORE **41/100**

HUNGARY

CPI SCORE **46/100**

CHANGE IN DEMOCRACY RATING 2012-2018: **-29**

CHANGE IN CPI SCORE 2012-2018: **-8**

CHANGE IN DEMOCRACY RATING 2012-2018: **-16**

CHANGE IN CPI SCORE 2012-2018: **-9**

REGIONAL ANALYSIS

AMERICAS

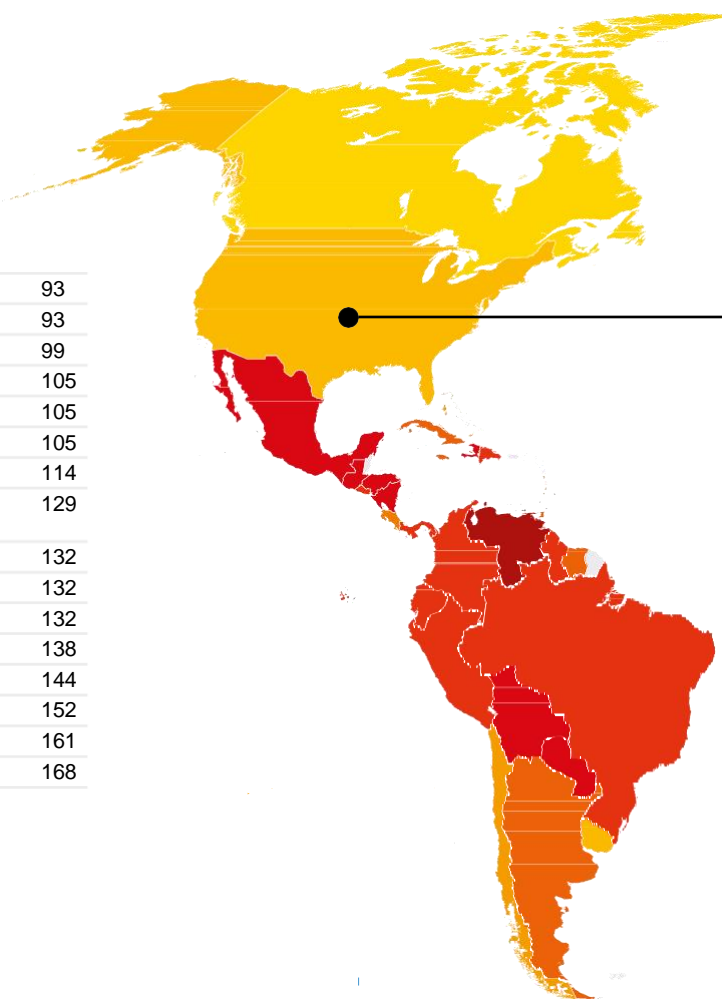
44/100

AVERAGE SCORE

The Americas region continues to fail in making any serious inroads against corruption. Populist leaders are transforming politics across the region, raising red flags through their treatment of the media, civil society and democratic institutions, all of which risk becoming **less able to act as checks and balances against**

SCORE COUNTRY/TERRITORY RANK

81	Canada	9	37	Guyana	93
71	United States	22	37	Panama	93
70	Uruguay	23	36	Colombia	99
68	Barbados	25	35	Brazil	105
67	Chile	27	35	El Salvador	105
65	Bahamas	29	35	Peru	105
58	Saint Vincent and the Grenadines	41	34	Ecuador	114
57	Dominica	45	30	Dominican Republic	129
56	Costa Rica	48	29	Bolivia	132
55	Saint Lucia	50	29	Honduras	132
52	Grenada	53	29	Paraguay	132
47	Cuba	61	28	Mexico	138
44	Jamaica	70	27	Guatemala	144
43	Suriname	73	25	Nicaragua	152
41	Trinidad and Tobago	78	20	Haiti	161
40	Argentina	85	18	Venezuela	168



COUNTRIES TO WATCH

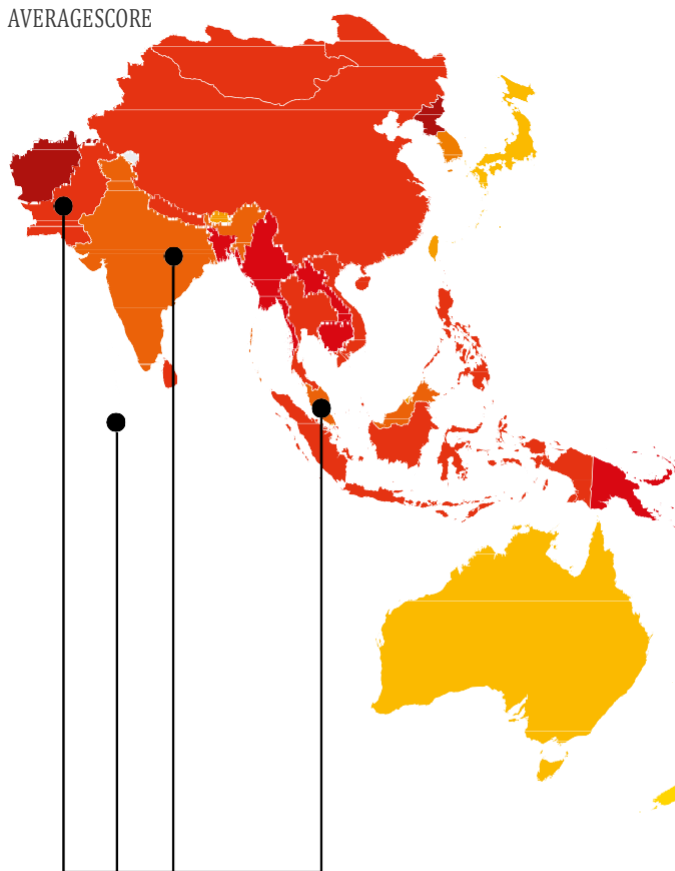
The **United States (US)** dropped four points since last year to earn its lowest score on the CPI in seven years. This decline comes at a time when the US is experiencing threats to its system of checks and balances as well as an erosion of ethical norms at the highest levels of power.

ASIA PACIFIC

44/100

The Asia Pacific region is stagnating in the fight against corruption. A lack of progress is unsurprising given the prevalence of weak democratic institutions, and a lack of laws and enforcement mechanisms, all of which typically contribute to higher rates of corruption. However, with two countries in the top 10, and two in the bottom 10, the region is highly diverse in its anti-corruption approach.

AVERAGE SCORE



SCORE COUNTRY/TERRITORY RANK

87	New Zealand	2	38	Sri Lanka	89
85	Singapore	3	37	Mongolia	93
77	Australia	13	36	Philippines	99
76	Hong Kong	14	36	Thailand	99
73	Japan	18	35	Timor-Leste	105
68	Bhutan	25	33	Pakistan	117
63	Brunei Darussalam	31	33	Vietnam	117
63	Taiwan	31	31	Maldives	124
57	Korea, South	45	31	Nepal	124
47	Malaysia	61	29	Laos	132
46	Vanuatu	64	29	Myanmar	132
44	Solomon Islands	70	28	Papua New Guinea	138
41	India	78	26	Bangladesh	149
39	China	87	20	Cambodia	161
38	Indonesia	89	16	Afghanistan	172
			14	Korea, North	176



COUNTRIES TO WATCH

Massive public mobilisation against corruption and voter turnout resulted in new governments and anti-corruption reforms in **India**, **Malaysia**, the **Maldives**, and **Pakistan**. Despite these encouraging developments, **we are yet to see how they translate into solid action**, especially when it comes to combatting elusive forms of grand corruption.

EASTERN EUROPE & CENTRAL ASIA

35/100

Eastern Europe and Central Asia is the second lowest scoring region in the index, head of Sub-Saharan Africa. With nearly every country scoring 45 or less out of 100, there has been very little progress in combatting corruption. A general **lack of political will, weak institutions and few political rights** create an environment where corruption flourishes with little opposition.

AVERAGE SCORE



COUNTRIES TO WATCH

Armenia is expected to begin enacting anti-corruption reforms in 2019. Judicial reform should be at the top of the priority list; a proper separation of powers, as well as the appropriate checks and balances, will go a long way to ensuring these reforms are a success. The role of civil society is also crucial.

58	Georgia	41
45	Montenegro	67
44	Belarus	70
41	Turkey	78
39	Serbia	87
38	Bosnia and Herzegovina	89
37	Kosovo	93
37	Macedonia	93
36	Albania	99
35	Armenia	105
33	Moldova	117
32	Ukraine	120
31	Kazakhstan	124
29	Kyrgyzstan	132
28	Russia	138
25	Azerbaijan	152
25	Tajikistan	152
23	Uzbekistan	158
20	Turkmenistan	161

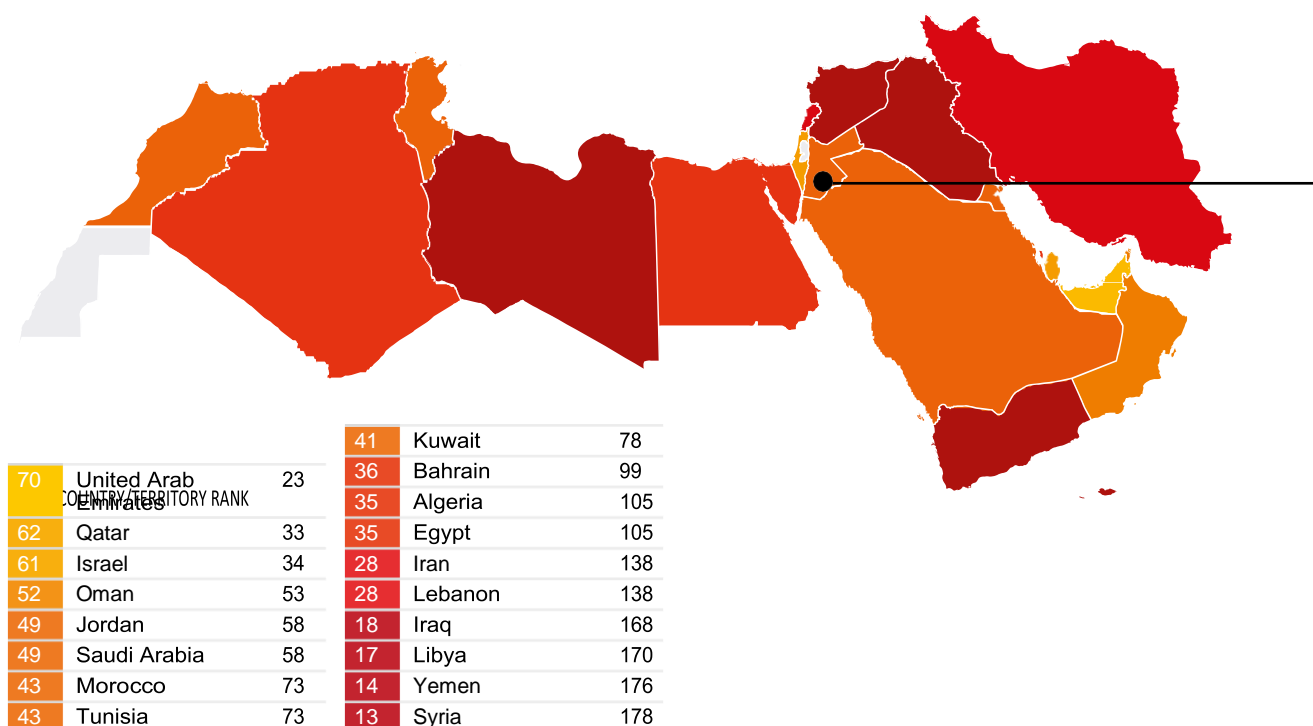
SCORE COUNTRY/TERRITORY RANK

MIDDLE EAST & NORTHERN AFRICA

39/100

AVERAGE SCORE

The fight against corruption in the Middle East and Northern Africa remains grim. In a region where civil liberties continue to be under repressive state control and the social contract between states and their citizens has been broken for decades, it is no surprise that corruption remains stubbornly high. Leaders need to **strengthen checks and balances, support citizens' rights and deliver on anti-corruption commitments.**



COUNTRIES TO WATCH

In **Jordan**, citizen protests helped unseat the prime minister, but the new government has yet to fulfil its anti-corruption commitments.

Another challenge is the presence of influential actors blocking government attempts to advance anti-corruption. Looking ahead, the government should ensure financial and administrative independence of public institutions, and protect civil society and free speech.

SUB-SAHARAN AFRICA

32/100

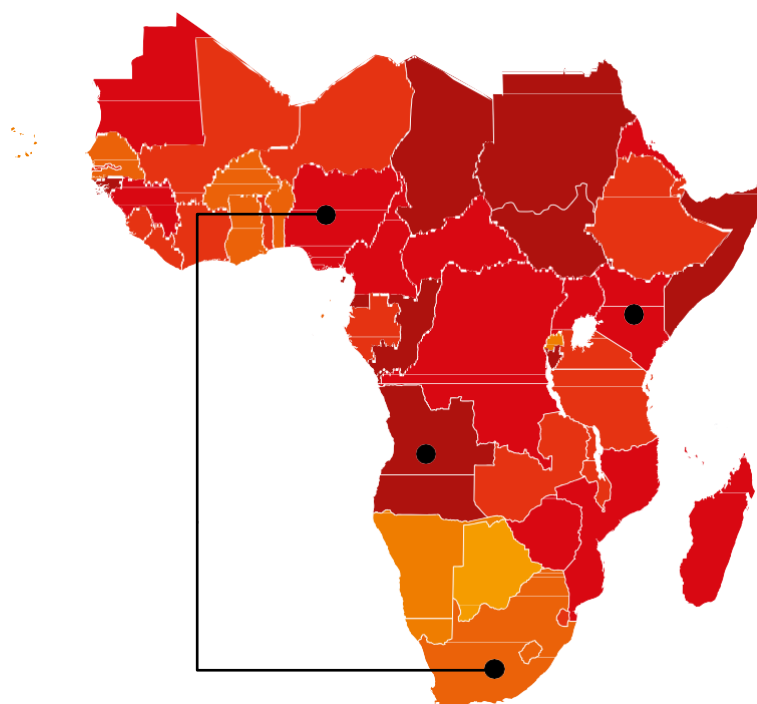
Sub-Saharan Africa is the lowest scoring region on the index, and has failed to translate its anti-corruption commitments into any real progress. A region with stark political and socio-economic contrasts and longstanding challenges, many of its countries struggle with **ineffective institutions and weak democratic values**, which threaten anti-corruption efforts.

AVERAGE SCORE

SCORE	COUNTRY/TERRITORY	RANK	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	RANK	SCORE	COUNTRY/TERRITORY	RANK
66	Seychelles	28	40	Benin	85	30	Togo	129
61	Botswana	34	38	Swaziland	89	28	Guinea	138
57	Cabo Verde	45	37	Gambia	93	27	Comoros	144
56	Rwanda	48	36	Tanzania	99	27	Kenya	144
53	Namibia	52	35	Côte d'Ivoire	105	27	Mauritania	144
51	Mauritius	56	35	Zambia	105	27	Nigeria	144
46	Sao Tome and Principe	64	34	Ethiopia	114	26	Central African Republic	149
45	Senegal	67	34	Niger	114	26	Uganda	149
43	South Africa	73	32	Liberia	120	26	Cameroon	152
41	Burkina Faso	78	32	Malawi	120	25	Madagascar	152
41	Ghana	78	32	Mali	120	25	Eritrea	157
41	Lesotho	78	31	Djibouti	124	24	Mozambique	158
			31	Gabon	124	23	Zimbabwe	160
			30	Sierra Leone	129	22		
						20	Democratic Republic of the Congo	161
						19	Angola	165
						19	Chad	165
						19	Congo	165
						17	Burundi	170
						16	Equatorial Guinea	172
						16	Guinea Bissau	172
						16	Sudan	172
						13	South Sudan	178
						10	Somalia	180

COUNTRIES TO WATCH

Despite stagnation across the region, there are some promising political developments, particularly in **Angola, Kenya, Nigeria** and **South Africa**. In South Africa, **citizen engagement and various official inquiries into corruption abuses** are positive steps, while new leadership in Angola provides hope for anti-corruption reforms.



WESTERN EUROPE & EU

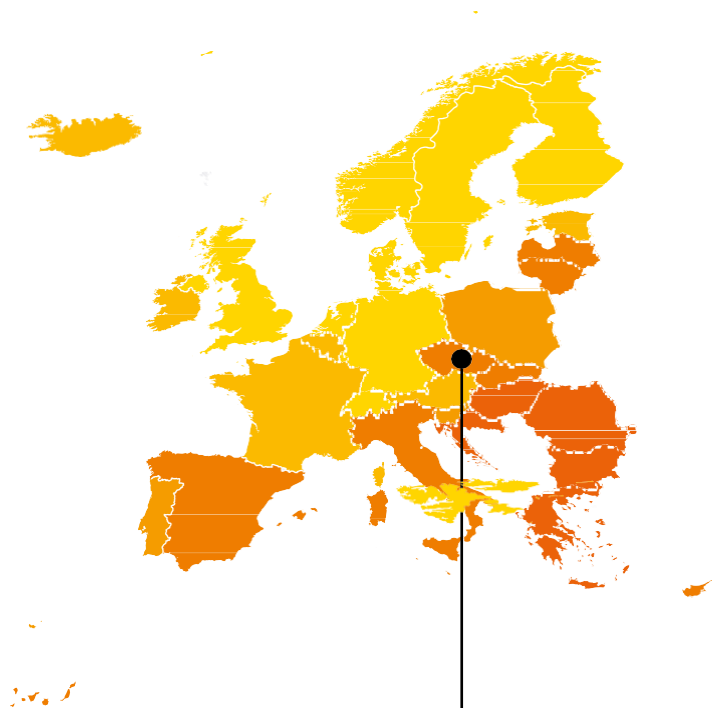
66/100

While Western Europe and the European Union are doing better than other parts of the globe, they still have a long way to go to tackle corruption effectively. A lack of prioritising anti-corruption reforms alongside rising populist rhetoric combine with weakening democratic institutions in many countries to make a **strong case for renewed efforts.**

AVERAGE SCORE

88	Denmark	1	64	Portugal	30
85	Finland	3	60	Poland	36
85	Sweden	3	60	Slovenia	36
85	Switzerland	3	59	Cyprus	38
84	Norway	7	59	Czech Republic	38
82	Netherlands	8	59	Lithuania	38
81	Luxembourg	9	58	Latvia	41
80	Germany	11	58	Spain	41
80	United Kingdom	11	54	Malta	51
76	Austria	14	52	Italy	53
76	Iceland	14	50	Slovakia	57
75	Belgium	17	48	Croatia	60
73	Estonia	18	47	Romania	61
73	Ireland	18	46	Hungary	64
72	France	21	45	Greece	67
			42	Bulgaria	77

SCORE COUNTRY/TERRITORY RANK



COUNTRIES TO WATCH

The **Czech Republic** has been steadily improving its CPI score since 2014, but events in the past year suggest gains may be fragile. The prime minister has been found guilty of conflict of interest in relation to his media holdings. He has also been accused of conflict of interest over connections to a company which has received millions of euros in EU subsidies.

CREATE CHANGE WITH US

ENGAGE

How do you feel about your country's place in the Corruption Perceptions Index? Follow us, share your views and discuss corruption with people from around the world on social media.



LEARN

Visit our website to learn more about our work in more than 100 countries and sign up for the latest news in the fight against corruption.

[transparency.org](https://www.transparency.org)

DONATE

Your donation will help us provide support to thousands of victims of corruption, develop new tools and research and hold governments and businesses to their promises. We want to build a fairer, more just world. With your help, we can.

[transparency.org/donate](https://www.transparency.org/donate)



Transparency International
International Secretariat
Alt-Moabit 96, 10559 Berlin, Germany

Phone: +49 30 34 38 200
Fax: +49 30 34 70 39 12

ti@transparency.org
www.transparency.org

Blog: voices.transparency.org
Facebook: [/transparencyinternational](https://www.facebook.com/transparencyinternational)
Twitter: [@anticorruption](https://twitter.com/anticorruption)