

Determinación de los Proveedores Importantes en los Mercados de Telecomunicaciones", conjuntamente con su Anexo 1 (Información a ser solicitada por el OSIPTEL a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones en los mercados a ser analizados).

Para efectos de esta consulta pública, el referido Proyecto normativo con su Exposición de Motivos, así como su Anexo 1 y su Informe Sustentatorio N° 005-GPR/2011, serán publicados en el Portal Electrónico del OSIPTEL (página web institucional: www.osiptel.gob.pe).

Artículo Segundo.- Disponer un plazo de quince (15) días calendario, contados a partir de la fecha de publicación de la presente resolución, para que los interesados presenten por escrito sus comentarios respecto del proyecto publicado, en el local del OSIPTEL (Calle De la Prosa N° 136, San Borja, Lima), adjuntando copia de los mismos en formato electrónico.

Los comentarios también podrán ser presentados vía fax al número: (511) 475-1816 o mediante correo electrónico a la dirección: sid@osiptel.gob.pe.

Artículo Tercero.- Encargar a la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL el acopio, procesamiento y sistematización de los comentarios que se presenten, así como la presentación a la Alta Dirección de sus correspondientes recomendaciones.

Artículo Cuarto.- La presente resolución será publicada en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese y publíquese.

GUILLERMO THORNBERRY VILLARÁN
 Presidente del Consejo Directivo

591167-1

**SUPERINTENDENCIA
 NACIONAL DE SERVICIOS
 DE SANEAMIENTO**

Aprueban Anexo 11 denominado "Lineamientos para determinar la remuneración del Gestor Privado de una EPS a ser reconocida en el cálculo tarifario"

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
 N° 002-2011-SUNASS-CD**

Lima, 13 de enero de 2011

VISTO:

El Informe N° 001-2011-SUNASS/100 presentado por la Gerencia de Políticas y Normas, que contiene el proyecto del Anexo 11 denominado "Lineamientos para determinar la remuneración del Gestor Privado de una EPS a ser reconocida en el cálculo tarifario" y la modificación del literal a) del artículo 4.3 del Anexo 2 del Reglamento General de Tarifas, y su correspondiente Exposición de Motivos;

CONSIDERANDO:

Que, conforme a lo establecido por el artículo 30° de la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338, corresponde a la SUNASS establecer la normatividad, los procedimientos y las fórmulas tarifarias, de acuerdo a lo establecido por la mencionada ley y su reglamento;

Que, el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece que la función normativa comprende la facultad exclusiva de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos

de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Que, mediante Resolución N° 009-2007-SUNASS-CD se aprobó el Reglamento General de Tarifas, que contiene complementariamente a su articulado, 10 Anexos en donde se establecen lineamientos, parámetros, flujogramas, entre otros;

Que, el anexo 2 de dicho Reglamento fue modificado por Resolución N° 039-2009-SUNASS-CD, disponiéndose en el numeral 4.3 literal a), que en los procesos de participación privada, la garantía firmada a favor del concedente referida al cumplimiento del contrato de concesión constituye la garantía de realización de las inversiones previstas;

Que, el Reglamento General de Tarifas no contiene en sus anexos una norma que desarrolle los lineamientos a tomarse en cuenta para determinar la remuneración de los Operadores Privados que gestionan una EPS;

Que, con el propósito de normar los señalados lineamientos resulta necesario incorporar y realizar las modificaciones que se deriven de la inclusión de dichos lineamientos;

Que, con el propósito antes referido, la SUNASS aprobó mediante Resolución de Consejo Directivo N° 051-2010-SUNASS-CD, la publicación del proyecto del Anexo 11 del Reglamento General de Tarifas denominado Lineamientos para determinar la remuneración de los Operadores Privados que gestionan EPS que será reconocida en el cálculo tarifario y la modificación del literal a) del artículo 4.3 del Anexo 2 del Reglamento General de Tarifas, otorgándose quince (15) días calendario posteriores a la publicación del proyecto de norma para recibir los comentarios de los interesados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23° del Reglamento de la SUNASS;

Que, al no haber recibido comentarios, corresponde aprobar el texto definitivo de la norma;

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20° del Reglamento General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento y el acuerdo adoptado en Sesión de Consejo Directivo N° 001-2011.

HA RESUELTO:

Artículo 1°.- Aprobar el Anexo 11 denominado "Lineamientos para determinar la remuneración del Gestor Privado de una EPS a ser reconocida en el cálculo tarifario" y disponer su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 2°.- Aprobar la modificación del literal a) del artículo 4.3 del Anexo 2 del Reglamento General de Tarifas, con el tenor siguiente:

4.3.- Garantía de realización de inversiones.

(...)

"a) El Solicitante puede constituir una garantía bancaria a favor del concedente, por un monto equivalente a las inversiones a ser financiadas con cargo a la generación interna de fondos, a ejecutarse únicamente a requerimiento de la SUNASS, ante el incumplimiento de las metas de gestión aprobadas junto con las fórmulas y estructuras tarifarias. En caso esta garantía sea ejecutada, los recursos derivados de ella sólo podrán ser utilizados para la realización de las inversiones tomadas en cuenta para la determinación de la fórmula tarifaria y metas de gestión y no realizadas por la EPS".

b)(...)

Artículo 3°.- Aprobar la exposición de motivos que sustenta los artículos precedentes y disponer su publicación en la página web institucional (www.sunass.gob.pe).

Con el voto aprobatorio de los señores Consejeros José Eduardo Salazar Barrantes, Jorge Luis Olivarez Vega, Marlene Amanda Inga Coronado y Julio Baltazar Durand Carrión.

Regístrese, publíquese y cúmplase.

JOSÉ EDUARDO SALAZAR BARRANTES
 Presidente del Consejo Directivo

Anexo N° 11

Lineamientos para determinar la Remuneración del Gestor Privado de una EPS a ser reconocida en el cálculo tarifario

I. Objetivo

Definir los lineamientos que aplicará la SUNASS para determinar la Remuneración del Gestor Privado que opera una EPS a ser reconocida en el cálculo tarifario.

II. Lineamientos

1. Mejoras en la gestión y en la calidad de los servicios de saneamiento: La participación de un gestor privado a cargo de una EPS se justifica por las mejoras en la calidad de los servicios de saneamiento, mejoras que se expresan a través del incremento del valor económico generado por la empresa y en la superación de las metas de gestión y de calidad del servicio establecidos por la SUNASS, conforme al Programa Óptimo de Inversiones determinado sobre la base de la proyección de los recursos internamente generados y de la capacidad de ejecución de obras de la EPS.

2. Incentivos a la participación: Están determinados por la retribución económica que percibe el gestor, la misma que comprende la remuneración al capital propio aportado y la retribución por la gestión.

3. Remuneración al capital social: Se determina mediante la estimación del costo del capital propio que resulta de aplicar la metodología Capital Assets Pricing Model (CAPM), según los parámetros considerados en el Anexo 5 del Reglamento General de Tarifas. Esta remuneración será aplicada al capital social de la empresa que es aportado por el gestor privado.

4. Retribución a la gestión: Será reconocida en el cálculo tarifario y podrá considerar hasta dos componentes según lo establezca el contrato: un componente fijo que cubre la remuneración básica del equipo profesional valorada a precios de mercado (incluyendo los seguros, la movilidad, los impuestos, entre otros beneficios que deberán ser debidamente sustentados) y un componente variable calculado en función al aporte en el valor económico de la EPS que genere el gestor, al cumplimiento de las metas de gestión, al mejoramiento en la calidad del servicio y a los riesgos de la operación del mismo.

5. Bonificaciones y Descuentos: Independientemente de la modalidad contractual elegida para su determinación, se aplicarán bonificaciones sobre el componente variable de la retribución a la gestión del gestor privado por superar las metas de gestión y de calidad del servicio fijadas por la SUNASS. Del mismo modo, dicha retribución estará sujeta a descuentos por incumplimiento de dichas metas. En ambos casos, la SUNASS podrá establecer la metodología adecuada para su reconocimiento en el cálculo tarifario.

6. Retribución de los activos regulatorios: Se establece a través del Costo de Capital Promedio Ponderado (WACC por sus siglas en inglés) según con lo establecido en la metodología contenida en los Anexos 4 y 5 del Reglamento General de Tarifas.

7. Obligaciones de cumplimiento: El Programa de Inversiones, contenido en el Estudio Tarifario, y las metas de gestión asociadas son de cumplimiento obligatorio por parte del Gestor Privado, incluyendo la ejecución de los recursos provenientes del Concedente, de las fuentes de financiamiento concertadas y del aporte de capital propio que realice.

8. Garantía para ejecutar las inversiones y el pago de la deuda: La EPS deberá garantizar con sus recursos internamente generados, los flujos de efectivo requeridos para cumplir con sus obligaciones financieras y con la ejecución de las obras incluidas en el Programa de Inversiones del Estudio Tarifario que se financian con recursos propios. Para la ejecución de inversiones con recursos internamente generados, la EPS debe constituir reservas, eligiendo una de las alternativas definidas en el numeral 4.3 del Anexo 2 del Reglamento General de Tarifas. Para cumplir con sus obligaciones financieras, la EPS debe utilizar la alternativa elegida para la ejecución de inversiones.

9. Incumplimiento de metas: El incumplimiento de las metas de gestión y de calidad del servicio, establecidas en el Estudio Tarifario, por parte de la EPS, no exime al gestor privado de la ejecución del Programa de Inversiones contenido en el Estudio Tarifario. Asimismo, en este caso, el retorno obtenido en exceso por el operador privado sobre su patrimonio (ROE) en relación a la remuneración de su capital social, será transferido al fondo que contiene las reservas para el financiamiento de las inversiones, el mismo que podría ser administrado a través de un fideicomiso. Para ello, se deberá revisar y reformular el Programa de Inversiones del Estudio Tarifario para los años restantes del periodo regulatorio.

10. Constitución de Fiducia: Es una alternativa para garantizar, con los recursos internamente generados por la EPS, la ejecución de inversiones y el pago de la deuda contraída, mecanismo que operará a través de un fideicomiso de (i) las obligaciones financieras que las EPS hayan contraído con entidades financieras y (ii) las inversiones que realizará la empresa durante el periodo regulatorio con recursos internamente generados.

Para constituir el referido fondo, la EPS deberá depositar mensualmente en el fideicomiso los porcentajes de sus ingresos señalados en el Estudio Tarifario.

Los términos del Contrato de Fideicomiso deberán contar con la opinión favorable de la SUNASS. La oportunidad de aplicación de este mecanismo deberá ser aprobada por el Organismo Regulatorio.

11. Obligación de Remisión de Información: La SUNASS podrá solicitar al operador privado la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones en la oportunidad que lo determinen sus procedimientos. Dicha información debe ser remitida obligatoriamente, de acuerdo a los formatos establecidos por la SUNASS. En caso la EPS realice transacciones económicas con empresas vinculadas, deberá remitir anualmente a la SUNASS un Informe de Precios de Transferencia para evaluar y ajustar los costos de explotación de la EPS. Este informe deberá ser sustentado técnicamente con los documentos que lo respalden y refrendado por una firma o especialista en la materia, bajo la metodología establecida en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Legislativo N° 774, considerando los métodos del artículo 32° de dicha Ley. El contenido del estudio debe estar de acuerdo a lo especificado en el Reglamento de la Ley en mención.

12. Oportunidad de aplicación de la retribución variable: De establecerse una retribución variable al gestor privado de una EPS, ésta será calculada y determinada una vez culminado cada año regulatorio, la misma que se hará efectiva un año después de dicho cálculo.

13. Utilidad Neta Regulatoria: Es la utilidad con la que se evaluará el retorno del gestor privado, la cual se determinará según los ingresos y los costos eficientes reconocidos en la tarifa, utilizando la información de los precios de transferencia y de la contabilidad de costos regulatoria, para lo cual se usarán los estados financieros regulatorios.

591174-1

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. Antecedentes

I.1 Marco legal y competencia de la SUNASS

La SUNASS tiene como objetivo general- conforme lo señala el artículo 14° de su Reglamento General- normar, regular, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, la prestación de los servicios de saneamiento, cautelando de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y del usuario.

Asimismo, el artículo 18° del referido Reglamento establece que- para el cumplimiento de sus objetivos- la SUNASS cuenta con las funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias y reclamos.

Función Normativa: Permite dictar de manera exclusiva, dentro de su ámbito de competencia, reglamentos, directivas y normas de carácter general aplicables a intereses, obligaciones o derechos de las empresas prestadoras de servicios (EPS) o actividades bajo su ámbito o de sus usuarios (artículo 19° del Reglamento General).

Función Reguladora: Faculta a determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito. En ejercicio de esta función, la SUNASS puede (i) establecer la estructura y niveles tarifarios para las EPS y (ii) fijar y reajustar las tarifas por la prestación de los servicios de saneamiento para las EPS privadas. El ejercicio de la función reguladora es de competencia exclusiva del Consejo Directivo de la SUNASS (artículos 24°, 25° y 26° del Reglamento General).

Función Supervisora: Permite verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las EPS y de cualquier disposición, mandato o resolución emitida por la propia SUNASS o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la EPS o actividad supervisada. Corresponde a la SUNASS supervisar, entre otros, la ejecución de los contratos de concesión y el cumplimiento de las obligaciones de las partes en especial las referidas a los programas de inversión, metas de cobertura, calidad, gestión y niveles y estructura tarifaria (artículos 32° y 34° del Reglamento General).

Función Fiscalizadora y Sancionadora: Permite imponer sanciones y medidas correctivas a las EPS por el incumplimiento de las normas aplicables, de las disposiciones y/o regulaciones dictadas por la SUNASS y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión (artículo 35° del Reglamento General).

Función de Solución de Controversias y Reclamos: Autoriza a los órganos de la SUNASS a resolver en la vía administrativa los conflictos, las controversias y reclamos que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre EPS y entre éstas y el usuario (artículo 41° del Reglamento General).

I.2 Principios que deben regir la actuación de los operadores privados

El marco normativo peruano permite la participación del sector privado en la prestación de los servicios de saneamiento, toda vez que la misma puede contribuir a cubrir la brecha de infraestructura existente, agregar eficiencia en la gestión y en la prestación de los servicios de saneamiento, entre otros, contribuyendo al bienestar general de la población.

Para dicho fin, los operadores privados a cargo de la gestión de una EPS deben cumplir con los siguientes principios regulatorios:

1.- **Eficiencia económica:** El operador privado debe operar a costos eficientes y precios competitivos en insumos de todo tipo, considerando en su gestión las alternativas de oferta



disponibles en mercados nacionales e internacionales. El operador privado identificará especialmente los casos en que se contrató con compañías vinculadas y justificará el pago de precios de mercado. Sus gastos de operación deben ser razonables y tendrá derecho a un retorno razonable sobre su inversión.

2.- *Transparencia*: El operador privado debe proporcionar, en la forma y el plazo fijado, la información solicitada por el Organismo Regulador, a fin de revisar, analizar y comparar la misma con otras fuentes de información.

3.- *Debida diligencia*: El operador privado debe actuar con diligencia y prudencia en la gestión y operación de los servicios a su cargo, así como en la obtención, elaboración, valoración y uso de la información que le sirva de base para la toma de decisiones. Dicho operador está obligado a gestionar el negocio en forma prudente y razonable, procurando la sostenibilidad de la empresa. Para tal fin, deberá respetar las disposiciones y recomendaciones, tanto técnicas como financieras y administrativas, que indique la legislación, el marco regulatorio, las normas emitidas por el Organismo Regulador y las buenas prácticas internacionales en materia de agua y saneamiento.

4.- *Equidad social*: El operador privado aplicará criterios de equidad en el acceso a los servicios de saneamiento para los usuarios bajo su ámbito de prestación, en función a los criterios que determine la SUNASS.

Asimismo, los criterios que se tienen en cuenta para la regulación tarifaria son los siguientes:

- a) Las características particulares de cada uno de los sistemas conforme a lo señalado en el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento - Ley N° 26338, a través de los cuales se presta el servicio de saneamiento.
- b) Las características propias de las localidades en las cuales se presta el servicio de saneamiento.
- c) La capacidad de pago de los usuarios.
- d) Otros que disponga el Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento.



I.3 Regulación de operadores privados de servicios públicos en el Perú

El marco normativo que permite la participación del sector privado en los servicios públicos en el Perú se estableció en el año 1991 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, norma que sienta las bases para el ingreso del sector privado en las actividades realizadas hasta ese momento por las empresas estatales. Esta norma permitió, en 1994, incorporar en la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N° 26338, y su Reglamento, la participación del sector privado en la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento. La principal modalidad de participación privada que se reglamentó con el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y Decreto Supremo N° 060-96-PCM fue la figura de concesión mediante licitación pública especial o concurso de proyectos especiales, conducidos por la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas – PROMCEPRI (hoy PROINVERSION).

Con la promulgación, en el año 2000, de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y su Reglamento del año 2004, así como del Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de las Asociaciones Público-Privada y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 146-2008-EF, se define y acota la participación de los organismos reguladores en los contratos donde intervienen operadores privados.

La participación de la SUNASS como Organismo Regulador en los contratos donde intervienen operadores privados se ha realizado de diferentes maneras. En el año 2005, se concesionó los servicios de saneamiento administrados por la empresa EMFAPATUMBES al consorcio privado ATUSA, siendo ésta la única experiencia de concesión de servicios de agua potable y alcantarillado administrados por una EPS Municipal. En este proceso, llevado a cabo por PROINVERSION, las disposiciones regulatorias no se encuentran en el contrato, aunque a diferencia de otros sectores

regulados, en este caso se establecieron cláusulas que hacen referencia al cumplimiento de normas regulatorias. Las otras experiencias se han dado sobre ciertas operaciones de la empresa SEDAPAL a través de contratos BOT, como son la construcción, operación y transferencia del Transvase Huascacocha y de la PTAR Taboada.

En la regulación de los servicios públicos se define la regulación híbrida como aquel modelo en que la agencia reguladora que "Regula por Ley" convive con la "Regulación por Contratos" (Tremolet, 2010). Bajo este tipo de regulación, la agencia reguladora debe llenar los vacíos o deficiencias del contrato donde participa el operador privado, exigiendo al regulado el cumplimiento de la normatividad regulatoria.

Sin embargo, para que la regulación híbrida llegue a ser efectiva, "tiene que ser adaptada a las competencias locales (Groom et al, 2006). Es particularmente necesario que sea clara la distribución de las funciones regulatorias y la jerarquía de responsabilidades entre el Contrato y la Agencia" (Tremolet, 2010).

Cuando este modelo funciona adecuadamente, la principal ventaja es que el regulador puede actuar de árbitro y mejorar la transparencia en los aspectos controversiales. Asimismo, al ser los contratos incompletos por naturaleza (porque es imposible prever para cada suceso una respuesta adecuada), el modelo híbrido puede establecer ciertos ajustes a los parámetros del contrato referidos al desempeño del operador y a las tarifas. Sin embargo, su principal desventaja, al superponerse dos modelos, son los problemas y debilidades que pueden generarse especialmente cuando la distribución de las funciones regulatorias entre cada instrumento legal no está claramente definida. En el sector de agua potable y saneamiento, este modelo ha sido implementado en Argentina, Indonesia, Filipinas, Mali, Mozambique, Nigeria, entre otros países (Tremolet, 2010).

La institucionalidad del sector de agua y saneamiento en el Perú, ha contribuido poco en definir las funciones regulatorias entre los contratos y las normas regulatorias, generándose muchos problemas y debilidades, siendo poco efectiva la regulación de las empresas con participación privada.

Los contratos para la provisión de servicios públicos, en tanto monopolios naturales, son esencialmente un conjunto de derechos y obligaciones a ser cumplidos, que limitan o acotan las ganancias o los precios y especifican los requerimientos de resultados, contribuyendo su diseño a determinar la eficiencia productiva del operador monopolista (Rosenthal & Alexander, 2003).

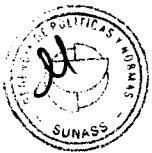
La experiencia internacional se ha desarrollado fundamentalmente sobre cuatro modalidades de contratos en el sector agua y saneamiento:

Tipo contrato	Ámbito de Responsabilidad	Bases para la remuneración	Ejemplos
Contratos de Gestión / o de servicios	Responsabilidad operacional limitada. Contratos de Servicios para tareas específicas. Contratos de Gestión cubren un largo conjunto de responsabilidades operacionales	Pago fijo o pago adicional por resultados o desempeño sobre un número pre-establecidos de estándares.	Johannesburg, Amman, Gaza, Mongas (Venezuela), Gambia, Mali, Namibia, Sao Tome, Principe
Affermage	Gran responsabilidad técnica y comercial del operador. Financiamiento de inversiones bajo responsabilidad del sector público. Operador expuesto al riesgo que los ingresos cobrados no cubran su pago que no provendrá del gobierno.	Operador colecta los ingresos y remite a la autoridad la diferencia entre los ingresos y su pago (que es calculado sobre el volumen de agua vendida a la autoridad). El pago podría incluir bonificación.	Costa de Marfil Senegal, Nigeria, Gdansk
Lease	Gran responsabilidad técnica y comercial del operador. Financiamiento de inversiones retenidas por sector público. Operador expuesto al riesgo que los ingresos cobrados no cubran su pago. Inclusive cuando cambia consumo.	Operador es capaz de retener todos los ingresos menos el pago que realiza a la autoridad que lo contrato, que cubre los costos financieros de la infraestructura. Podría pagarse una bonificación vinculada a la eficiencia.	Guinea, Mozambique
Concesión	Completa responsabilidad de la gestión e inversión transferida. Responsabilidad para financiar nueva inversión que debe ser satisfecha por el operador.	El operador retiene los ingresos que obtiene, descontando el pago a la autoridad por derecho de explotación, que en principio es fijo y que permite cubrir las deudas de inversión inicial.	Manila, Buenos Aires, Gabón, Casablanca, Macao, Camerún, Bulgaria, Chile

Fuente: Rosenthal & Alexander: 2003.

En general, es importante destacar, para el contrato de concesión y para el contrato de gestión, ciertos derechos y obligaciones que tiene el operador privado, respecto a su remuneración y a la mejora en la calidad del servicio:

- Respecto al contrato de concesión.- El operador tiene la responsabilidad de todos los aspectos de la provisión del servicio, siendo sus propietarios recompensados con las utilidades de la empresa, después de que todos los costos operativos son cubiertos y el servicio de la deuda es cancelada en



cada periodo. En una concesión clásica, el contrato establece estándares de calidad del servicio y reglas tarifarias. La regulación económica, en el sentido de proteger a los usuarios controlando las tarifas y la calidad del servicio, es incluida en el diseño y monitoreo del contrato de concesión. El rol regulatorio en este caso es como sigue: monitorear el desempeño bajo el contrato de concesión (que establece normas regulatorias), resolver las disputas del contrato, proveer un mecanismo para cubrir los vacíos contractuales a través del ejercicio de la discrecionalidad de manera predecible en aquellos casos en que este sea inevitable, por ejemplo, en la revisión tarifaria y en respuesta a nueva información (Groom et. al. 2006).

Esta modalidad contractual, es empleada fundamentalmente para atraer mayor financiamiento, sea público o privado, a la empresa. La justificación del empleo de fondos públicos para subsidiar infraestructura de agua y saneamiento tiene que ver con objetivos de tipo social y/o ambiental que persigue el gobierno (WB: 2006).

En el Perú, la concesión es definida en el Decreto Supremo N° 060-96-PCM como "el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos, (...) por un plazo establecido", definición que es concordante con la establecida en el Decreto Supremo N° 015-2004-EF.

Asimismo, la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley N°. 26338 y su Reglamento, aprobado con Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA, contemplan la figura de la concesión señalando que "las Municipalidades Provinciales o el Gobierno Nacional, según corresponda, podrán otorgar en concesión u otras modalidades contractuales al sector privado la prestación de uno o más servicios de saneamiento, total o parcialmente, en el área de su jurisdicción".

- Respecto al contrato de gestión.- El operador privado tiene responsabilidad de los aspectos operacionales de la provisión del servicio y es remunerado con un pago fijo más un pago por desempeño por lograr financiamiento y mejorar las metas de desempeño o gestión. Estos contratos proveen incentivos para mejorar el desempeño. Los objetivos y los pagos en el contrato de gestión determinará cómo el operador gestiona la empresa. En su regulación, en tanto correspondan a monopolios naturales, se controla la relación entre la empresa y sus clientes estableciendo los estándares de calidad del servicio y los niveles tarifarios (Groom. et. al. 2006)

El Contrato de Gerencia es definido en el Decreto Supremo N° 015-2004-EF antes citado, como "la modalidad contractual mediante la cual el Estado, a través de cualquiera de sus tres niveles de gobierno, cede temporalmente a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, la dirección, administración y/o gestión de una empresa estatal, transfiriendo el manejo o gerenciamiento de la misma".

Asimismo, el artículo 150° del Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA dispone que "La EPS podrá celebrar con terceros contratos de gerencia, arrendamiento, asociación en participación, joint venture u otros similares, de acuerdo a la normatividad vigente, con el objeto de mejorar la prestación de los servicios de saneamiento".

Sobre el marco regulatorio citado podemos inferir que, a excepción de la privatización, los otros mecanismos contemplados en la normativa implican modelos de asociación público privada, en los que se busca asegurar la prestación por parte del operador privado de un determinado servicio público o del uso de una infraestructura pública.

En este sentido, algunos autores consideran que la incorporación de la inversión privada se puede concretar de varias formas, en un extremo se habla de privatización, donde la infraestructura pasa a ser propiedad privada de manera permanente o a través de un contrato de obras, en donde el sector privado sólo se encarga de su construcción y la propiedad se queda en manos del Estado, pasando por las asociaciones público privadas en que el Estado y los privados se benefician mutuamente de sus recursos financieros, conocimientos y experiencia para mejorar la prestación de los servicios básicos a todos los ciudadanos.



Esta problemática orienta a países como el Perú a desarrollar mecanismos de participación privada en la prestación de servicios públicos y construcción de infraestructura, como una forma de aprovechar capitales privados y el conocimiento en la gestión de empresas de infraestructura de redes de los gestores privados, mejorando la cobertura del servicio y la calidad de la gestión.

Sin embargo, bajo cualquier modalidad de participación privada y considerando un modelo de regulación híbrido, no debe perderse la perspectiva cuando se regula un monopolio natural, donde la fijación tarifaria debe reflejar los precios de eficiencia que se forman en un mercado competitivo en relación a la calidad del servicio que se presta. En este sentido, el Regulador reconoce a través de la tarifa sólo los costos eficientes para una determinada calidad del servicio, en la que se incluye un nivel de utilidad o ganancia justa y razonable. De este modo, los vacíos en los contratos de participación privada deberán ser cubiertos bajo los principios y criterios de regulación de servicios públicos.

Así, en relación a la ganancia razonable "las expectativas de los inversores en servicios públicos por lo general no han sido aceptadas como razones válidas para mantener ganancias excesivas. Mientras no haya una confiscación, las expectativas de los inversores y la pérdida de ganancias futuras han sido consideradas un pivote endeble para justificar un reclamo de confiscación" (Andrus, 1979), citado por Solanes (1999).

"Las empresas están sujetas al principio fundamental de que ninguna de ellas puede cobrar un retorno sobre la propiedad que no sea útil ni utilizable (Barash, 1987, y Duquesne, 1989) para prestar el servicio" (citado por Solanes, 1999).

Cuando los retornos son razonables, las discusiones sobre los métodos u otros detalles son irrelevantes, puesto que no existe un método constitucional consagrado sino resultados considerando que "las pérdidas derivadas de la competencia no son compensables" (Solanes, 1999).

Entre los criterios que se utilizan para establecer los parámetros que determinan la rentabilidad total para el concesionario de servicios públicos y su vinculación con las tarifas, Solanes muestra un ejemplo de la legislación internacional, *"la legislación del Estado de Nueva York establece que las tarifas por el uso de agua serán justas y razonables y nunca superiores a lo que faculte la ley o la orden de la comisión reguladora pertinente"*. Este tema por cierto se vincula con el de la rentabilidad razonable para el concesionario (Consolidates Law Service, 1983, pp.158).

Sin embargo, el marco regulatorio en agua potable y saneamiento en el Perú no ha establecido disposiciones relativas a las ganancias que debe percibir el concesionario sobre el capital aportado ni sobre la gestión y asimismo, no contempla los casos en que se transfiere valor a las empresas vinculadas sin haber cumplido las metas de gestión establecidas en el Estudio Tarifario ni haber realizado inversiones necesarias para ello.

En tal sentido, para cubrir el vacío detectado es necesario que SUNASS emita la normativa correspondiente.

II. Objetivo

Definir una propuesta de lineamientos que aplicará la SUNASS para determinar la Remuneración del Gestor Privado de una EPS a ser reconocida en el cálculo tarifario y proponer una modificatoria del articulado que contravenga dicho lineamiento.

III. Lineamientos

1. **Mejoras en la gestión y en la calidad de los servicios de saneamiento:** La participación de un gestor privado a cargo de una EPS se justifica por las mejoras en la calidad de los servicios de saneamiento, mejoras que se expresan a través del incremento del



valor económico generado por la empresa y en la superación de las metas de gestión y de calidad del servicio establecidos por la SUNASS, conforme al Programa Óptimo de Inversiones determinado sobre la base de la proyección de los recursos internamente generados y de la capacidad de ejecución de obras de la EPS.

2. **Incentivos a la participación:** Están determinados por la retribución económica que percibe el gestor, la misma que comprende la remuneración al capital propio aportado y la retribución por la gestión.
3. **Remuneración al capital social:** Se determina mediante la estimación del costo del capital propio que resulta de aplicar la metodología Capital Assets Pricing Model (CAPM), según los parámetros considerados en el Anexo 5 del Reglamento General de Tarifas. Esta remuneración será aplicada al capital social de la empresa que es aportado por el gestor privado.
4. **Retribución a la gestión:** Será reconocida en el cálculo tarifario y podrá considerar hasta dos componentes según lo establezca el contrato: un componente fijo que cubre la remuneración básica del equipo profesional valorada a precios de mercado (incluyendo los seguros, la movilidad, los impuestos, entre otros beneficios que deberán ser debidamente sustentados) y un componente variable calculado en función al aporte en el valor económico de la EPS que genere el gestor, al cumplimiento de las metas de gestión, al mejoramiento en la calidad del servicio y a los riesgos de la operación del mismo.
5. **Bonificaciones y Descuentos:** Independientemente de la modalidad contractual elegida para su determinación, se aplicarán bonificaciones sobre el componente variable de la retribución a la gestión del gestor privado por superar las metas de gestión y de calidad del servicio fijadas por la SUNASS. Del mismo modo, dicha retribución estará sujeta a descuentos por incumplimiento de dichas metas. En ambos casos, la SUNASS podrá establecer la metodología adecuada para su reconocimiento en el cálculo tarifario.
6. **Retribución de los activos regulatorios:** Se establece a través del Costo de Capital Promedio Ponderado (WACC por sus siglas en inglés) según con lo establecido en la metodología contenida en los Anexo 4 y 5 del Reglamento General de Tarifas.
7. **Obligaciones de cumplimiento:** El Programa de Inversiones, contenido en el Estudio Tarifario, y las metas de gestión asociadas son de cumplimiento obligatorio por parte del Gestor Privado, incluyendo la ejecución de los recursos provenientes del Concedente, de las fuentes de financiamiento concertadas y del aporte de capital propio que realice.
8. **Garantía para ejecutar las inversiones y el pago de la deuda:** La EPS deberá garantizar con sus recursos internamente generados, los flujos de efectivo requeridos para cumplir con sus obligaciones financieras y con la ejecución de las obras incluidas en el Programa de Inversiones del Estudio Tarifario que se financian con recursos propios. Para la ejecución de inversiones con recursos internamente generados, la EPS debe constituir reservas, eligiendo una de las alternativas definidas en el numeral 4.3 del Anexo 2 del Reglamento General de Tarifas. Para cumplir con sus obligaciones financieras, la EPS debe utilizar la alternativa elegida para la ejecución de inversiones.
9. **Incumplimiento de metas:** El incumplimiento de las metas de gestión y de calidad del servicio, establecidas en el Estudio Tarifario, por parte de la EPS, no exime al gestor privado de la ejecución del Programa de Inversiones contenido en el Estudio Tarifario. Asimismo, en este caso, el retorno obtenido en exceso por el operador privado sobre su patrimonio (ROE) en relación a la remuneración de su capital social, será transferido al fondo que contiene las reservas para el financiamiento de las inversiones, el mismo que podría ser administrado a través de un fideicomiso. Para ello, se deberá revisar y reformular el Programa de Inversiones del Estudio Tarifario para los años restantes del periodo regulatorio.



10. **Constitución de Fiducia:** Es una alternativa para garantizar, con los recursos internamente generados por la EPS, la ejecución de inversiones y el pago de la deuda contraída, mecanismo que operará a través de un fideicomiso de (i) las obligaciones financieras que las EPS hayan contraído con entidades financieras y (ii) las inversiones que realizará la empresa durante el periodo regulatorio con recursos internamente generados.

Para constituir el referido fondo, la EPS deberá depositar mensualmente en el fideicomiso los porcentajes de sus ingresos señalados en el Estudio Tarifario.

Los términos del Contrato de Fideicomiso deberán contar con la opinión favorable de la SUNASS. La oportunidad de aplicación de este mecanismo deberá ser aprobada por el Organismo Regulador.

11. **Obligación de Remisión de Información:** La SUNASS podrá solicitar al operador privado la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones en la oportunidad que lo determinen sus procedimientos. Dicha información debe ser remitida obligatoriamente, de acuerdo a los formatos establecidos por la SUNASS. En caso la EPS realice transacciones económicas con empresas vinculadas, deberá remitir anualmente a la SUNASS un Informe de Precios de Transferencia para evaluar y ajustar los costos de explotación de la EPS. Este informe deberá ser sustentado técnicamente con los documentos que lo respalden y refrendado por una firma o especialista en la materia, bajo la metodología establecida en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Legislativo N° 774, considerando los métodos del artículo 32° de dicha Ley. El contenido del estudio debe estar de acuerdo a lo especificado en el Reglamento de la Ley en mención.
12. **Oportunidad de aplicación de la retribución variable:** De establecerse una retribución variable al gestor privado de una EPS, ésta será calculada y determinada una vez culminado cada año regulatorio, la misma que se hará efectiva un año después de dicho cálculo.
13. **Utilidad Neta Regulatoria:** Es la utilidad con la que se evaluará el retorno del gestor privado, la cual se determinará según los ingresos y los costos eficientes reconocidos en la tarifa, utilizando la información de los precios de transferencia y de la contabilidad de costos regulatoria, para lo cual se usarán los estados financieros regulatorios.

IV.- Propuesta de modificación del literal a) del numeral 4.3 del Anexo N° 02 del Reglamento General de Tarifas

a) Situación Actual

El numeral 4.3 del Anexo N° 02 del Reglamento General de Tarifas señala:

"4.3.- Garantía de realización de inversiones

La garantía de realización de inversiones constituye un supuesto en la determinación de las fórmulas tarifarias. Las alternativas para que la SUNASS considere que las inversiones se encuentran garantizadas, a fin de incluirlas en su análisis para la determinación de las fórmulas tarifarias, son las siguientes:

- a) El Solicitante puede constituir una garantía bancaria a favor del concedente, por un monto equivalente a las inversiones a ser financiadas con cargo a la generación interna de fondos, a ejecutarse únicamente a requerimiento de la SUNASS, ante el incumplimiento de las metas de gestión aprobadas junto con las fórmulas y estructuras tarifarias. Cabe señalar que en caso esta garantía sea ejecutada, los recursos derivados de ella sólo podrán ser utilizados para la realización*

de las inversiones tomadas en cuenta para la determinación de la fórmula tarifaria y metas de gestión y no realizadas por la EPS.

En los procesos de Participación del Sector Privado, la garantía firmada a favor del concedente referida al cumplimiento del Contrato de Concesión constituye el cumplimiento de este requisito.

b) El Solicitante puede decidir el establecimiento de reservas de uso exclusivo para el financiamiento de las inversiones previstas.

A efectos de asegurar la realización de las inversiones propuestas, se adjuntará el acuerdo del Directorio, en el que se expresa la aprobación de establecer reservas de uso exclusivo destinadas a financiar las inversiones con cargo a la generación interna de recursos que se requiera, previstas en el primer quinquenio del PMO. El acuerdo de constitución de esta garantía deberá contener lo siguiente:

i) Aceptación de la constitución de reservas de uso exclusivo para el financiamiento de inversiones, con cargo a la generación interna de recursos, previstas en el primer quinquenio del PMO de acuerdo a lo que determine la SUNASS.

ii) Definición, entre las siguientes alternativas, del mecanismo a emplear a efectos de asegurar el uso exclusivo del fondo:

ii.a) Constitución de una Comisión de Confianza, a que se refiere el artículo 275 y siguientes de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, constituida como mínimo con los 2/3 de los ingresos por el servicio de agua potable y alcantarillado recaudados mensualmente para la constitución del Fondo de Inversiones determinado en el estudio tarifario de la EPS (el contrato de constitución deberá contemplar la obligación de informar mensualmente a la SUNASS el movimiento de los recursos); y la apertura de una cuenta corriente constituida como máximo por 1/3 de los ingresos por el servicio de agua potable y alcantarillado recaudados mensualmente para la constitución del Fondo de Inversiones determinado en el estudio tarifario de la EPS. Esta cuenta corriente tendrá las características de cuenta de registro, en una entidad del sistema bancario, y sus fondos podrán ser destinados a imprevistos distintos a la ejecución de las inversiones, con la obligación de informar mensualmente a la SUNASS.

Excepcionalmente, las EPS podrán solicitar la revisión del porcentaje del Fondo de Inversión destinado a la Comisión de Confianza, siempre y cuando demuestren gastos provenientes de causas ajenas a su gestión.

ii.b) Constitución de una cuenta corriente en una entidad del sistema bancario que tendrá las características de cuenta de registro, con la obligación de informar mensualmente a la SUNASS sobre el movimiento de esta cuenta. Este caso sólo se aplicará para aquellas EPS que cuenten con más del 15% de sus ingresos destinados a un fideicomiso, que se encontrará vigente durante el quinquenio regulatorio. Adicionalmente, el representante legal de la EPS deberá presentar una declaración jurada relativa a que la empresa no tiene deudas que puedan afectar los fondos destinados a inversiones, sea en el Poder Judicial o fuera de éste.

ii.c) Constitución de un fideicomiso, en concordancia con el respectivo contrato de explotación u otras obligaciones."

b) Identificación del Problema

Como se verifica en la normativa vigente, se prevé que la EPS cuente con una garantía de inversiones. Sin embargo, de la misma norma también se verifica que se hace una distinción entre las EPS, puesto que a las EPS públicas se le otorga una serie de opciones de como constituir la referida garantía (comisión de confianza, fideicomiso, cuenta corriente) y sin embargo para el caso

de operador privado se exige la sola firma de una garantía indistinta, haciéndose de este modo una distinción entre EPS, permitiéndose menor exigencia a la eficiencia del operador privado de una EPS.

Siendo así, tal como se verifica de nuestra propuesta de lineamiento en el numeral 8, se establece que el operador privado puede elegir entre cualquiera de las modalidades de garantías previstas en el numeral 4.3 del anexo 2 del Reglamento General de Tarifas, por lo que resulta necesaria la modificación del literal a) del numeral 4.3 del anexo N° 02 del Reglamento General de Tarifas.

c) Solución Propuesta

4.3.- Garantía de realización de inversiones.

(...)

"a) El Solicitante puede constituir una garantía bancaria a favor del concedente, por un monto equivalente a las inversiones a ser financiadas con cargo a la generación interna de fondos, a ejecutarse únicamente a requerimiento de la SUNASS, ante el incumplimiento de las metas de gestión aprobadas junto con las fórmulas y estructuras tarifarias. En caso esta garantía sea ejecutada, los recursos derivados de ella sólo podrán ser utilizados para la realización de las inversiones tomadas en cuenta para la determinación de la fórmula tarifaria y metas de gestión y no realizadas por la EPS."

b) (...)



V.- IMPACTO REGULATORIO.-

1. La presente propuesta busca que el operador privado sea más eficiente en la prestación del servicio y en la ejecución de inversiones a favor de las localidades bajo el ámbito de prestación que las actuales gestiones, a partir de en un esquema de incentivos predecible, que refuerce el marco regulatorio de la SUNASS al hacer explícitos los beneficios y los costos de las decisiones del operador privado en relación al cumplimiento de este marco.
2. Los presentes lineamientos contribuyen al diseño de los nuevos contratos de participación privada y su predictibilidad fomenta una mayor participación de operadores privados en la EPS.
3. Los lineamientos contribuyen de manera sustancial a que la regulación por Ley de la SUNASS se complemente con la regulación de los contratos con operadores privados en la gestión de las EPS.
4. Los presentes lineamientos contribuyen a la regulación de las ganancias razonables del operador privado, en tanto no limitan la obtención de beneficios por parte de dicho operador siempre que mejore la calidad del servicio; y las recorta en caso incumpla con el marco regulatorio.
5. Como consecuencia de estos lineamientos, se espera que la participación de un operador privado permita ofrecer un mejor servicio, el incremento de la cobertura, así como un servicio de calidad y eficiente en beneficio de los usuarios.