

Evolución de las Actividades Eléctricas en el Perú: Estructura de la Industria y de la Propiedad de las Empresas

María del Carmen Tovar Gil*

El presente artículo señala el proceso que ha tenido el régimen de la actividad y de la propiedad de la industria eléctrica en el Perú.

Para tener un mayor alcance de dicho proceso, se ha optado por exponer las características de la Industria y cómo es que se descomponen en actividades básicas. Asimismo se menciona a la integración o desintegración que pueden sufrir aquellas, así como los esquemas de propiedad y los niveles de competencia y elección. Para ello se ha optado por el estudio de la evolución de los modelos teóricos en el Derecho Comparado y por hacer referencia a la evolución de la industria eléctrica en el Perú. Finalmente, para poder avocarse al tema de fondo, la autora se remite a la Ley de Concesiones Eléctricas, donde se establece la separación de las actividades de las industrias y que por ende, se tiene una industria desintegrada y se ha eliminado todo tipo de reserva y monopolio estatal. Es así que la autora manifiesta que la Ley de Concesiones Eléctricas posee una serie de debilidades en el marco regulatorio, y que la propuesta de cambio no apunta hacia una integración de actividades o hacia un monopolio estatal, sino hacia el modelo de mayor desintegración y competencia.

Vamos a hablar de la evolución del régimen de organización de la actividad y de la propiedad de la industria eléctrica en nuestro país. Para ello es importante ver lo que ha sido la evolución de los distintos modelos que se han desarrollado en el derecho comparado.

1. La Electricidad como Producto

La estructura de las actividades eléctricas se ve condicionada por las características peculiares que la electricidad presenta como producto. Nos referimos fundamentalmente a tres características:

En primer lugar, tenemos que la electricidad es un producto que no es susceptible de ser almacenado. De la incapacidad de almacenar el producto, se deriva el hecho de que debe ser generado en tiempo real para su entrega inmediata a quien lo va a consumir. Muy vinculada a esta primera característica está la segunda. La electricidad tiene limitaciones particulares para su

transporte. No cabe que sea transportada sino a través de una infraestructura que consiste en las líneas de alta tensión que son especialmente establecidas para este efecto.

Finalmente, un tercer aspecto es que existe una importante dependencia, de todas las otras industrias y de todas las actividades económicas e incluso no económicas de la electricidad. El suministro de electricidad es sin duda un servicio esencial. Esto ha dado lugar a que existan quienes planteen no solo que el Estado debe considerarlo así y regularlo estrechamente sino incluso quienes proponen considerarlo estratégico y sugieren limitaciones a los esquemas de propiedad.

Aunque las características que mencionamos puedan parecer elementales, es preciso destacar que son estas características las que han condicionado la forma de organización de las actividades eléctricas y de la propiedad sobre las empresas eléctricas a lo largo de la historia de las mismas.

* Socia del Estudio Echeconpar.

2. Las Actividades de la Industria

2.1. Las Actividades

Las actividades básicas que componen a la industria son tres: Generación, Transmisión y Distribución.

La generación es la actividad que se desarrolla para producir electricidad. Hay distintas formas de producción y distintas tecnologías y combustibles, pero finalmente de lo que se trata es de producir la electricidad que se requiere para el consumo de la industria y los ciudadanos.

La segunda actividad mencionada es la transmisión. Ella consiste en transportar los bloques de electricidad producida, a través de líneas de alta tensión, desde los centros de despacho, hasta los puntos en que será distribuida al por menor. Las líneas de transmisión son las grandes carreteras por las que transita la electricidad.

Finalmente, está la distribución, que consiste en el mantenimiento de la red secundaria y entrega de la electricidad al consumidor final.

2.2. Organización de las Actividades: ¿Integración o Desintegración?

Es preciso definir si las actividades que hemos señalado en el punto anterior pueden y/o deben ser efectuadas por un mismo titular o deben ser efectuadas por titulares o empresas independientes. Es decir, si es necesario que la empresa que produce la electricidad, sea la misma empresa que la transporta y distribuye al usuario, o si las actividades pueden y/o deben estar separadas.

En un análisis tradicional se consideraba que la actividad de generación de electricidad era física e institucionalmente imposible de separar de la actividad de transmisión. Se afirmaba que ambas actividades eran indisolubles: Like an egg in a cake.¹ Se partía de los altos costos que suponía la infraestructura de ambas actividades, que llevaba a que el negocio solo fuera rentable a gran escala. Esto conlleva que la industria surgiera como un monopolio. El generador de un sistema debía ser quien servía al sistema y usaba para ello sus propias redes de transmisión, las que se consideraban una extensión de la infraestructura de producción. Solo la distribución se consideraba podía ser eventualmente un negocio separado y constituía en sí misma un monopolio separado.

La integración de las actividades era consecuencia de una situación real. En un determinado punto de desarrollo de la tecnología no era económicamente viable separar las actividades. Como se consideraba que la actividad constituía una cadena integrada, que

debía ser necesariamente prestada por un mismo titular tendríamos que la industria nace integrada y monopolica.

Las condiciones evolucionan y a partir de determinado momento se presentan alternativas de generación menos costosas. Hablamos de nuevas tecnologías y/o de nuevos combustibles. Comienza entonces a cuestionarse la exigencia de integración y monopolio.

Al existir la alternativa de generación a menores precios surge la inquietud, especialmente por parte de quienes son consumidores intensivos de electricidad, de buscar la forma de abaratar sus costos. La interrogante que surge será: ¿Por qué no puedo poner mi propia generación con mejores condiciones económicas? ¿Por qué no puede haber otro generador que me ofrezca una mejor alternativa de suministro?

A partir de esto surge primero la idea del autoproducer y luego la de promover que la generación pueda ser prestada por más de una empresa. Ligado a esto, segundo, surge la posibilidad de desintegrar la industria. A la propuesta de una industria integrada, se opone la propuesta de una industria desintegrada. Respecto de la posibilidad de desintegrar la industria se acuña el término "unbundling"². Se propone que se debe desintegrar o desempaquetar la industria.

Desde luego, desintegrar la industria presenta una serie de obstáculos que resolver. Especialmente cuando se trata de buscar la alternativa de tener varios generadores que puedan ofrecer electricidad compitiendo entre sí. Para lograr esto, deben tenerse sistemas interconectados accesibles a todos los generadores. Supone que exista en el sistema una estrecha coordinación entre productores y transportadores, para el despacho, para el mantenimiento y para enfrentar las emergencias. Si todo esto no funciona correctamente, los costos de transacción pueden ser muy altos y mediatizar y hasta eliminar los beneficios que se espera alcanzar.

Como consecuencia del reconocimiento de la posibilidad de desintegrar las actividades surge la posibilidad de regular el desarrollo de la industria a partir de distintos modelos. Es decir se puede diseñar regulatoriamente y definir, dependiendo de la posición que tome respecto de los beneficios que puede reportar la integración o desintegración, si las actividades pueden o incluso deben ser efectuadas por más de un titular.

La regulación puede llevarme a permitir que las actividades sean separadas y por lo tanto a permitir que puedan ser efectuadas por más de un titular. Pero también puede llevarme a considerar que, no solo pueden, sino que deben ser efectuadas por distintas empresas.

1 Hunt Sally and Graham Shuttleworth , Competition and Choice of Electricity, National Economic Research Associates, pagina 1.

2 Hunt Sally and Graham Shuttleworth , Competition and Choice of Electricity, National Economic Research Associates, pagina 1.

Los niveles de desintegración que la regulación puede sugerir pueden ser diferentes. Puedo sugerir que es suficiente una desintegración contable. Puedo definir que las actividades sean efectuadas por una misma empresa pero llevando contabilidades separadas. Este será el nivel más suave de desintegración y sólo tendrá propósitos tarifarios. Se buscará una mayor transparencia en las tarifas y evitar subsidios cruzados entre actividades.

La desintegración puede ser más profunda. Podemos hablar de una desintegración legal o incluso de una desintegración funcional. Cuando hablamos de una desintegración legal se da un paso más, se exige que la actividad sea efectuada por una persona jurídica distinta. Si hablamos de una desintegración funcional estaremos en principio exigiendo que las personas jurídicas, en caso pertenezcan a un mismo titular, tengan independencia de decisiones. Puede promoverse la existencia de varios titulares que compitan e incluso llevar a la exigencia de desconcentrar propiedad. En este último caso se busca no solo facilitar o promover el ingreso de competidores al mercado de generación sino imponer mecanismos que impidan la concentración de la propiedad.

3. Esquemas de Propiedad

Paralelo al tema de la estructura de la industria se plantea el de la propiedad de las empresas dedicadas a la actividad.

La disyuntiva aquí está entre si la propiedad de las empresas que desarrollan actividades eléctricas debe ser privada o estatal, o debe combinar ambas formas de participación.

El planteamiento de la necesidad de participación del Estado en la actividad tiene su origen en una de las características antes anotadas respecto de la misma.

“Es preciso definir si las actividades que hemos señalado (...) pueden y/o deben ser efectuadas por un mismo titular o deben ser efectuadas por titulares o empresas independientes.”

Como señalamos antes, existe una importante dependencia de las otras industrias y en general de todas las actividades de la electricidad. Es más, a partir de que la electricidad se extiende a ser un servicio que es requerido por todos los ciudadanos, se constituye en un servicio público elemental para la vida cotidiana.

Estas consideraciones hacen que la regulación sea fácilmente susceptible de ser politizada. Así, si bien es claro que se trata de un servicio esencial que debe ser regulado, hay quienes proponen calificarlo de servicio estratégico y llegan a preconizar la necesidad de que excluya la participación de la inversión extranjera, o a proponer que el Estado participe en la propiedad de estas empresas y en algunos casos hasta considerar que la propiedad debe ser exclusivamente nacional o estatal.

4. Niveles de Competencia y Elección

Si se asume como posible separar generación de transmisión, se puede ir de una industria integrada, a una industria desintegrada por actividades. Esto puede hacer variar radicalmente el negocio.

Hay distintos modelos teóricos sobre la estructura de la industria eléctrica. Los distintos modelos presentan un nivel distinto de desintegración de las actividades. En cada uno se introduce un grado adicional de competencia.

Tenemos así un primer modelo que llamaremos de integración máxima. En este modelo se plantea que la generación y la transmisión del sistema deben estar en manos de un solo titular. En este esquema no hay competencia alguna. Supone el monopolio a todos los niveles. Una sola compañía produce y transmite la electricidad a las distribuidoras. En este esquema sólo la distribución puede eventualmente estar desintegrada y conformar un monopolio distinto.

En un segundo modelo teórico, que llamaremos de comprador único, se admite la posibilidad de competencia a nivel de la producción. Es decir, se admite la existencia de varios generadores que compiten entre sí. Estos no son libres de vender a los distribuidores o al consumidor, pues se establece una entidad única de comercialización entre los generadores y el mercado. La primera diferencia con relación al modelo anterior, es que en este modelo se debe garantizar el libre acceso de los generadores a la red de transmisión. De lo contrario no sería factible que los generadores ofrezcan su producto en condiciones de competencia. La segunda, es que hay una agencia compradora. No hay pues libertad de los distribuidores ni de los consumidores de elegir suministrador. El nivel de competencia es limitado pero existe.

Un tercer modelo de organización, que supone una mayor desintegración, admite la competencia a nivel mayorista. Al igual que en el caso anterior hay competencia a nivel de la generación, pero en este caso no hay una agencia compradora centralizada, sino que son las distribuidoras las que compran libremente a la generadora de su elección. Las compañías de distribución eligen a sus vendedores. Se incrementa la competencia pero se mantiene el monopolio de las distribuidoras a nivel de minorista. Los usuarios finales son clientes cautivos de la distribuidora. Al igual que para el modelo anterior supone el libre acceso a las redes de transmisión pero incorpora un mayor nivel de competencia entre las generadoras.

Finalmente, podemos ir a un cuarto modelo teórico que llamaremos de competencia minorista, en el cual se incrementa el nivel de competencia en generación, permitiendo la compra directa de energía a nivel minorista. En este caso se permite el libre acceso, no sólo a las redes de transmisión, sino a las redes de distribución, y se permite a los consumidores finales elegir a sus vendedores.

5. Evolución de los Modelos Teóricos en el Derecho Comparado

Como puede desprenderse de los puntos anteriores, la industria eléctrica surge como una industria integrada y monopólica. Relativamente pronto surge la figura del autoprodutor. Es decir, al existir la posibilidad de una generación económica a menor escala, se llega a justificar para los grandes consumidores el contar con generación propia y esto comienza a verse reconocido por la regulación. Sin embargo, durante muchos años no se visualiza como posible la desintegración de la industria y la existencia de competencia.

Así, hacia los años ochenta, el esquema generalizado era el de una industria integrada y monopólica. La propiedad no era necesariamente estatal pero en general era preeminentemente estatal.

El punto de quiebre de esta situación suele señalarse a partir de la privatización del sistema eléctrico en Gran Bretaña³. Gran Bretaña presentaba, a finales de los ochenta, una industria eléctrica integrada que era monopolio estatal. Al decidir privatizar la industria se diseñó un nuevo esquema. Así, se desintegran las actividades como paso previo a su transferencia al sector privado. Pese a la existencia de resistencias iniciales a este modelo, que suponía un importante cambio en la organización de la industria, este logra imponerse en 1990. Lo cierto es que este ejemplo genera un efecto en cadena. En consecuencia, a partir de los primeros años de la década de los noventa, vemos evolucionar el modelo integrado hacia diversas alternativas de modelos dentro de los modelos teóricos mencionados en el punto anterior. La desintegración de la industria podía o no presentarse unida a una privatización.

Tenemos así por ejemplo, que en el caso mencionado de la Gran Bretaña de un modelo estatal integrado se va a un modelo de desintegración de las actividades que se acercaría al que hemos descrito como de mayor competencia, pues llega incluso a competencia a nivel minorista. Esto se da además en el marco de una privatización de la propiedad de las empresas^{4,5}.

Existen otras experiencias que muestran otras alternativas. Así, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, se va a un modelo integrado de monopolio

privado a una desintegración que lleva hasta la competencia a nivel mayorista. La propiedad era ya privada y la reforma que se hace supone desintegrar para promover la competencia pero no un cambio en el esquema de propiedad.

6. Evolución de la Industria Eléctrica en el Perú

Para comprender mejor la evolución del sector eléctrico peruano, es bueno partir de la Ley N° 12378, Ley de la Industria Eléctrica en el año 1955. Esta Ley estaba orientada a estimular la inversión privada en el desarrollo del sub-sector.

Como resultado de las normas de la mencionada ley, se desarrolló una industria eléctrica con capitales fundamentalmente privados, para la generación, transmisión y distribución de electricidad. También se desarrolló el grupo denominado como los autoprodutores, especialmente en el sector minero.

Como era propio del momento, la industria era fundamentalmente integrada. Podemos decir que era un modelo integrado con un esquema de propiedad preeminentemente privado.

A partir de 1968, continúa la tendencia a la integración de la industria que prevalecía en el mundo, pero el esquema de propiedad cambia radicalmente. El gobierno militar que entra a conducir el país en ese año, marcó un modelo de desarrollo a base del impulso a la formación de un Estado Empresario. Es decir una gestión empresarial estatista. Esto lo vemos claramente reflejado en la revista "Revolución con Electrificación" y en el Plan Nacional de Desarrollo (1971-1975), que definió lo siguiente:

"La electricidad compromete el desarrollo económico y social de país y constituye un instrumento estratégico del mismo, por ser un insumo que participa en casi todas las actividades productivas, a la vez que un bien de consumo final que debe estar al alcance de toda la colectividad. Todo ello da al sub-sector eléctrico el carácter estratégico que podría controlar diversos sectores económicos, con los consiguientes riesgos para el desarrollo del país, si el sub-sector fuera administrado por intereses no coincidentes con la política nacional de desarrollo. En consecuencia se concluye en la necesidad que el servicio público de electricidad se encuentre a cargo del estado en todas sus etapas".⁶

Así, el gobierno militar del Sr. Velasco Alvarado, con el apoyo de los grupos que se sustentaban en ideologías de carácter nacionalista y estatista promovieron un Estado Empresario, con presencia en las actividades económicas principales de desarrollo de un país, a las cuales denominaron como las actividades "Estratégicas" para el desarrollo del país.

3 Hunt Sally and Graham Shuttleworth , Competition and Choice of Electricity, National Economic Research Associates, pagina 23

4 Hunt Sally and Graham Shuttleworth , Competition and Choice of Electricity, National Economic Research Associates, pagina 26

5 Cameron D. Peter Legal Aspects of EU Energy Regulation.

6 Revista "Revolución con Electrificación" y el Plan Nacional de Desarrollo 1971-1975

A base de estos principios el gobierno de aquel entonces, emite las siguientes normas legales, que resumen la política sectorial en la década de los años 70.

En este contexto se dicta el Decreto Ley 19521. Esta norma no deroga formalmente la Ley 12373 (Ley de la Industria Eléctrica). Sin embargo, indicaba que hasta la promulgación de la Ley General de Electricidad, sería de aplicación la legislación vigente del sub-sector *“en lo que no se oponga al Decreto Ley 19521”*.

Sin embargo, el Decreto Ley 19521, contenía principios muy distintos e incompatibles con los de la Ley de la Industria Eléctrica. Esto hacía que en la práctica la norma aplicable en las concepciones fundamentales del servicio eléctrico, fueran las del Decreto Ley 19521.

Para el tema que nos ocupa es importante mencionar que la ley estableció una reserva a favor del Estado de las actividades de generación, transformación, transmisión y distribución y comercialización de energía eléctrica para el servicio público. Este principio se complementó con una serie de disposiciones transitorias que llevaron a la Estatización de la actividad.⁷ En la práctica, a través de estos dispositivos legales, el estado se reservó con exclusividad el servicio público de electricidad en todas sus etapas.

Al cambiar la Constitución en el año 79' e iniciarse un gobierno democrático en el año 80, no se había dictado la Ley General de Electricidad.

El Decreto Ley 19521 había sido dictado antes de la Constitución del año 1979, durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, cuando supuestamente regía la Constitución de 1933 pero supeditada al Estatuto del Gobierno Militar. Es decir, fue dictado sin reales limitaciones constitucionales.

No obstante, si bien en su artículo 115, la Constitución disponía *“que la iniciativa privada era libre, precisando que se ejercía en una economía social de mercado...”*, no se impedía la reserva de actividades al Estado. La redacción de las normas de la Constitución de 1979, las normas de este decreto ley, en estricto sentido no resultaban contrarias a las de la Constitución de 1979.

Lo cierto es que desde sus inicios el gobierno trató de evitar cambios bruscos y radicales que podrían dirigir nuestro país hacia una economía íntegra y totalmente de mercado.

En la evaluación de la actividad empresarial del sector, el gobierno concluyó que *“sería políticamente difícil vender cualquiera de las principales empresas del sector, no sólo porque varias de ellas eran fruto de nacionalizaciones recientes sino porque las empresas son de tal magnitud, que era virtualmente imposible obtener compradores en el Perú”*⁸.

El gobierno de ese entonces consideraba que *“un objetivo imposible era privatizar las empresas del Estado en vista de los escasos ahorros nacionales, y también era poco deseable en términos de la distribución del poder y de la riqueza”*⁹.

La nueva ley establece que el servicio público de electricidad es de necesidad, utilidad pública y de preferente interés nacional. Señaló que debe ser proporcionado en armonía con el interés social y económico y con apoyo de las actividades productivas, teniendo en cuenta las necesidades del desarrollo y la seguridad nacional.

La ley no estableció expresamente una reserva a favor del estado de las actividades de generación, transformación, transmisión y distribución y comercialización de energía eléctrica, para el servicio público, como sí lo hacía el derogado D.L.19251. Pese a no establecer esta reserva expresa, consolidó el esquema estatizado de la actividad eléctrica y si bien estableció más situaciones en las que permite la inversión privada, el espacio para la misma siguió siendo limitado y sometido a la actividad estatal.

Vemos así, que tras definir que constituían servicio público de electricidad las actividades destinadas al abastecimiento regular de energía eléctrica para el uso de la colectividad, la ley señaló que la prestación de este servicio estaba a cargo de las empresas de servicio público de electricidad y que estas empresas eran Electroperu, las empresas regionales de servicio público de electricidad (que por definición de la ley son filiales de Electroperu) y las empresas de interés local.

La Ley General de Electricidad estableció además la existencia de los autoprodutores y de los concesionarios. Sin embargo, tanto el rol de las Empresas de Interés Local como el de las autoprodutores y de las Concesionarias es limitado. Tanto es así, que en el reglamento se estableció que sus normas tienen como fin (entre otros) fomentar inversión en actividades de generación y transmisión para completar los planes de desarrollo eléctrico a cargo de Electroperu.

7 Así, se dispuso por un lado la adquisición obligatoria de las acciones de los inversionistas extranjeros mediante negociación. Se indicó que por Resolución Suprema se establecería el plazo para esa negociación. De otro lado, si bien se dice que los accionistas nacionales seguirían siendo propietarios de sus acciones y podían venderlas a otros inversionistas privados nacionales, o al estado, se estableció que sólo el Estado podía adquirir acciones de toda nueva emisión de Capital. Tenemos así, que mientras la reserva del estado impedía nuevas inversiones privadas en el sector eléctrico, las normas transitorias llevaban a que el control de las empresas concesionarias existentes pasaría a manos del estado. Asimismo, se dispuso que el capital representativo de los bienes de dominio público, de acuerdo con la Ley 12378, se incorpore al Capital Social de las empresas, emitiéndose las acciones a favor del estado. El artículo 42 de la Ley 12378 consideraba bienes de dominio público las instalaciones provenientes del Fondo de Ampliaciones y las instalaciones costeadas por terceros y entregadas al concesionario para su explotación. Si bien se dispuso que esta participación del estado en el capital, no le daba derecho a participar en las utilidades, sí le daba derecho a participación en la gestión.

8 “Plan de Gobierno presentado por el partido de gobierno antes de las elecciones del 18 de mayo de 1980”

9 “Plan de Gobierno presentado por el partido de gobierno antes de las elecciones del 18 de mayo de 1980”

El cambio al gobierno del Sr. Alan García no supone mayor cambio en este esquema de propiedad estatal del sector eléctrico. Se continuó con la política de administrar las actividades eléctricas a través de Empresas de propiedad del Estado. Incluso en algunos sectores, este gobierno profundizó la política de reforzar el rol del estado, en calidad de "Estado Empresario".

Con la regionalización política del país, iniciada en junio de 1988 se varió el carácter de conjunto empresarial eléctrico ya que la propiedad de las empresas regionales fue parcial o totalmente transferida a los gobiernos regionales.

Cabe indicar que durante este quinquenio varios factores llevaron a una crisis muy grave de actividad eléctrica. El principal factor fue la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas en la fijación de tarifas eléctricas establecida a través de las leyes del Presupuesto General de la República. Al no tener las decisiones sobre tarifas sustento técnico, estableciendo precios muy baratos, ocasionan una situación muy grave en el sub-sector eléctrico que no cubría sus costos y mucho menos generaba excedentes para el buen mantenimiento e inversiones en ampliación del sistema. A esto se sumó que en este periodo, las empresas eléctricas sufrieron la destrucción de parte de su infraestructura productiva, como consecuencia de los ataques terroristas. Las pérdidas estimadas por estos conceptos fueron del orden de los US \$ 40 MM, de los cuales el 50% correspondieron a la destrucción de 508 torres eléctricas de alta tensión, sistemas de telecomunicaciones y otros equipos y el otro 50% correspondieron a 700 GWR de energía dejadas de vender. Estas pérdidas fueron mucho más altas, si se consideran las que fueron producidas al resto de la economía del país, como la producción industrial no realizada y el bienestar de la población¹⁰.

Ante la crisis eléctrica que se encuentra el gobierno que se hace cargo a partir de 1990, se dictan sucesivas normas con el objeto de modificar sustancialmente el sistema de la Ley General de Electricidad sin derogarla.

Entre febrero de 1991 y marzo de 1992 el gobierno dictó tres dispositivos legales que modificaban sustancialmente la Ley General de Electricidad Ley 23406. El resultado de estas modificaciones consecutivas se plasmó en un Texto Unico Ordenado de la Ley General de Electricidad aprobado mediante D.S.009-92-EM de 4 de marzo de 1992.

Las modificaciones tenían como principal objetivo la promoción de inversiones en el sector electricidad y la privatización de la actividad y de las empresas. Las modificaciones se hacían estando aún vigente la Constitución de 1979, lo cual era posible, pues si bien la referida Constitución permitía reservar actividades al Estado y a los nacionales, lo que daba base a la

existencia constitucional de las normas anteriores, bajo ningún concepto obligaba a efectuar dichas reservas. Las normas que hemos mencionado tuvieron una vida corta, pues fueron derogadas por la Ley de Concesiones Eléctricas, el 6 de noviembre de 1992.

En general, las modificaciones a la ley mantuvieron la premisa de que el servicio público de electricidad es de necesidad, utilidad pública y de preferente interés nacional. Pero eliminaron las normas que sólo permitían a empresas estatales prestar el servicio público de electricidad, ampliaron el espacio y flexibilizaron las normas para las concesionarias empresas locales y autoprodutores. Se mantenía en la Ley General de Electricidad, que la acción empresarial del Estado se ejercía a través de Electricidad del Perú, directamente o a través de sus filiales y/o subsidiarias. Pero, si bien Electroperu seguía siendo una empresa matriz de amplia influencia a nivel nacional, se limitaron sus funciones y en la última modificación, si bien no se le eliminaba esta característica, se elimina la prohibición de venderla y se llegaba a mencionar la posibilidad de colocar acciones en bolsa.

Respecto de las Empresas Regionales de Electricidad, se declaraba de interés la promoción de la transferencia de sus acciones ya sea a través de su venta o de aumentos de capital.

7. La Ley de Concesiones Eléctricas

En noviembre de 1992, se dicta por Decreto Ley 25844, una nueva ley: la Ley de Concesiones Eléctricas que regula todos los aspectos de la actividad de eléctrica. Esta Ley, con algunas modificaciones, es la que se encuentra vigente en el país.

Sustituye a la Ley 23406 (Ley General de Electricidad) y a las normas que la modificaron en los primeros dos años de la década de los 90 para promover la inversión privada. En febrero de 1993 fue complementada por un reglamento aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM.

Como dispositivo que sustituye a la Ley General de Electricidad, la Ley de Concesiones Eléctricas regula exhaustivamente todos los aspectos relacionados con las actividades de generación, transmisión y distribución así como los derechos y obligaciones de los usuarios.

En general, se puede decir que retoma el espíritu de la Ley de la Industria Eléctrica de la década de los 50 con la orientación de los decretos dictados entre el 91 y 92, buscando promover la inversión privada en el sector y regulando técnicamente temas que así lo ameritaban.

La nueva ley de concesiones eléctricas define el servicio público de electricidad como el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo dentro de los límites de potencia que establezca el reglamento.

Señala que es de utilidad pública. Elimina el uso de otros términos, como servicio de necesidad pública y de preferente interés nacional, o proporcionado en armonía con el interés social y económico y en apoyo de las actividades productivas, teniendo en cuenta las necesidades del desarrollo y la seguridad nacional.

Dispone además, que las actividades de generación transmisión y distribución pueden ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Indica que las personas jurídicas deberán estar constituidas con arreglo a las leyes peruanas.

La explotación de las distintas actividades vinculadas a la electricidad se da a través de concesionarios que actúan en el marco de la ley de concesiones eléctricas. Se parte de una igualdad de oportunidades para acceder a las concesiones y autorizaciones para prestar los servicios. Se regula con detalle el procedimiento para obtener concesiones y autorizaciones.

Se consolida así el esquema ya establecido en la etapa anterior de que no hay reserva de actividad ni a favor de los nacionales ni del estado.

A partir de esta norma se establece por primera vez la desintegración de las actividades eléctricas. Se establece que las actividades de generación, de transmisión perteneciente al sistema principal y de distribución, no podrán efectuarse simultáneamente por una misma empresa. Se da un plazo para que las empresas que efectúan más de una de las actividades se dividan.

El modelo que se aprueba es uno en el que se promueve que exista competencia a nivel de generación. Se define que las Distribuidoras contratan libremente con el generador de su elección. Respecto del usuario final se establece dos tipos de clientes. Los clientes del servicio público, que son los pequeños consumidores (menos de 1000 kw) y los clientes libres que son los consumidores medianos o grandes (que exceden del consumo antes señalado). Se establece que los clientes del servicio público compran necesariamente a la Distribuidora pero los clientes libres pueden contratar con la Distribuidora o directamente con un Generador. Esto nos lleva a un modelo en que se promueve la competencia. Para que este modelo funcione los generadores deben tener libre acceso a las redes de transmisión e incluso de distribución.

Desde luego, al dictarse la norma, como todas las empresas estaban integradas y eran estatales debió primero darse una reestructuración y luego iniciar un período de privatización.

Como consecuencia del nuevo esquema en el marco general y en el marco sectorial a partir de 1993, muchas de las empresas estatales comienzan a ser incluidas

en procesos de promoción de la inversión privada. Las decisiones más representativas en esta materia son las incorporaciones de Electroperu, Electrolima (R.S.289-92-PCM, R.S.271-93-EF), Etevensa (R.S.188-94-PCM), y de las Empresas Regionales de Electricidad (R.S.174-96).

Como consecuencia del proceso de promoción de la inversión privada iniciado, se transfirió al sector privado, ya sea por venta, concesión o usufructo, una parte importante de la generación y distribución del país y toda la transmisión. Este proceso sin embargo se ha venido neutralizando y en los últimos años una fuerte corriente de oposición a la privatización lo ha detenido.

8. Ley 26876: Ley de Control de Concentraciones en el Sector Eléctrico Peruano

Aunque nuestra Constitución permite la instauración de un régimen de control de concentraciones empresariales, nuestra legislación interna no contempla dicho control para la generalidad de empresas. Sin embargo, mediante una modificación de la Ley de Concesiones Eléctricas se establecieron normas con ese objetivo.

Mediante Ley 26786 (del 19 de noviembre de 1997), se creó un régimen de control para las concentraciones de empresas del sector eléctrico, sometiendo una serie de actos a la aprobación previa por parte de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.¹¹

Esta ley fue Reglamentada por D.S. 017-98- ITINCI de 14 de octubre de 1998.

La ley somete los actos de concentración de a un procedimiento de autorización previa, ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. La Comisión tiene facultades para sujetar la realización del acto de concentración al cumplimiento de las condiciones que determine (autorización condicionada) u ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiese concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos según corresponda.

La finalidad de la Leyes "evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia y la libre concurrencia" (art. 1º) en los mercados de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

La definición de la concentración empresarial, contenida en el art. 2 de la Ley, es muy amplia y busca incluir cualquier acto, contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa, así como la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector.

¹¹ La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico es la Ley 26876, publicada el 19-11-97. El Reglamento de dicha ley se dictó mediante D.S. 017-98-ITINCI, publicado el 16-10-98. Para la aplicación del concepto de vinculación económica, dicho reglamento remite a la Resolución SBS N° 001-98, sustituida por la Resolución SBS 445-2000, Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, publicada el 6-7-2000.

No todos los actos de concentración se someten a la aprobación de INDECOPI. En tal sentido, sólo se solicitará autorización respecto de actos que sobrepasen los límites que ley ha fijado en términos de participación en el mercado:

- Para los actos de concentración horizontal: cuando involucren a empresas que posean previa o posteriormente al acto de concentración un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado.
- Para los actos de concentración vertical: cuando involucren a empresas que posean previa o posteriormente al acto de concentración, un porcentaje igual o mayor al 5% en cualquiera de los mercados involucrados.

Según el Reglamento de la ley bajo comentario, los porcentajes mencionados deberán entenderse referidos a la participación en el desarrollo de las actividades (generación, transmisión, distribución) de cada una de las empresas involucradas en la operación. Tales porcentajes serán establecidos en relación al total de ingresos percibidos durante el año calendario anterior a la fecha de la solicitud de autorización previa.

Tenemos así, que a las normas de desintegración del sector se suma la norma que limita la concentración de propiedad.

9. Situación Actual y Perspectivas

En síntesis, podemos decir que actualmente la ley establece la separación de las actividades de la industria. Tenemos una industria desintegrada. Se ha eliminado todo tipo de reserva y monopolio estatal.

Tenemos pues un esquema de propiedad mixta privada-estatal en las distintas actividades. De acuerdo a cifras del Ministerio de Energía y Minas el 57% de la producción de energía en 2004 fue privada y el resto estatal.

Existe una norma que impide los actos de concentración y existe la obligación de acceso abierto para instalaciones de transmisión y distribución y un mercado de dos tipos de cliente regulados y libres.

Después de más de 10 años de vigencia de la Ley de Concesiones Eléctricas se han identificado, sin embargo, una serie de debilidades en el marco regulatorio que es preciso corregir. Entre otros problemas detectados se

ha identificado que no se viene registrando el nivel de inversión requerido para crecer de manera sostenida. La ley 28477 creó una comisión para hacer un diagnóstico y proponer modificaciones para asegurar el desarrollo de un mercado eficiente.

Esta comisión ha publicado sus conclusiones en el Libro Blanco¹². En el plantea además propuestas para mejorar el sistema. No vamos a describir las conclusiones de la comisión ni el detalle de las propuestas. Lo que queremos es comentar la orientación de las mismas con relación al modelo de estructura de las actividades que en ellas se plantea.

Podemos decir que la propuesta no va en la línea de cambiar el modelo hacia una integración de actividades o hacia un monopolio estatal. Lo que la propuesta plantea son ajustes al marco legal, a efectos de promover mayor competencia y promover la inversión.

Entre otras propuestas están el mejorar algunos aspectos de los contratos de suministro, el promover licitaciones de electricidad con mecanismos que ofrezcan garantías a los generadores para invertir y el dar mayor acceso al mercado libre a los clientes finales. Se plantea también modificaciones al marco legal de transmisión para evitar distorsiones y garantizar inversiones en esta actividad. Asimismo se plantea modificar la estructura del COES SINAC (Comité de Operación del Sistema Interconectado Nacional) para lograr un manejo más técnico e independiente de este organismo.

Las propuestas van pues orientadas a mejorar el marco, para garantizar mayor competencia e inversión, y en tal sentido se inclinan hacia el modelo de mayor desintegración y competencia. Este modelo, que supone promover inversión privada, resulta difícil de imaginarlo funcionando en un marco de nacionalismo y estatismo. Sin perjuicio de que pueda mejorarse el detalle de la propuesta, en nuestra opinión, ella va en el sentido correcto y es preciso promover y acelerar su aprobación. Debe a toda costa evitarse un retroceso que sería sin duda perjudicial para el país. Si la actividad es esencial, lo que necesitamos es promover la inversión y no desalentarla. Si lo que queremos es competencia, lo que necesitamos también es promover la inversión y no desalentarla. Esperemos pues que la reforma sea para consolidar lo avanzado y no para dismantelar lo construido y retroceder, perdiendo años de desarrollo 