

# La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobreregulando el mercado?

Sergio Salinas Rivas<sup>(\*)</sup>

## 1. Introducción

A fines del año 1992, el mercado eléctrico sufrió un proceso de liberalización con la entrada en vigencia de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 25844<sup>(1)</sup>, norma que desarticuló el monopolio del sector eléctrico, hasta ese momento estatal, segmentándolo en tres actividades: (i) generación; (ii) transmisión; y, (iii) distribución. Las actividades de transmisión y distribución se encuentran sujetas a un esquema de fijación tarifaria a cargo de OSINERG, ya que constituyen monopolios naturales, a diferencia del mercado de generación eléctrica<sup>(2)</sup> que puede desarrollarse en condiciones de competencia. La finalidad de este nuevo marco regulatorio era generar las condiciones para invertir en la expansión de la infraestructura eléctrica y mejorar la eficiencia económica del sector.

Posteriormente, entró en vigencia la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876 (en adelante, la "Ley Antioligopolio"), que encarga a la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, la revisión y autorización previa de operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico<sup>(3)</sup>, de tipo vertical u horizontal, a efectos de evitar eventuales impactos negativos sobre la competencia en el sector.

A cerca de 10 años de su vigencia, conviene revisar los resultados de la Ley Antioligopolio, y evaluar su

conveniencia como política de competencia en el país, particularmente en un contexto en el cual se discute la posibilidad de extender el régimen de control previo a las demás áreas de la actividad económica.

En la sección 2 se detallan los alcances de la Ley Antioligopolio; en la sección 3 se discuten los fundamentos económicos de una norma de este tipo, tanto para el caso de concentraciones horizontales como verticales, particularmente tomando el régimen regulatorio de despacho de energía vigente en el sector eléctrico; en la sección 4 se presentan los efectos prácticos de la ley en todos sus años de vigencia y, finalmente, en la sección 5 se plantean algunas reflexiones finales.

## 2. Alcances de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio en el Sector Eléctrico

A continuación se detallan los aspectos más importantes de la Ley Antioligopolio.

### 2.1. Régimen de control previo de los actos de concentración empresarial en el sector eléctrico

El objetivo de la norma es controlar los actos de concentración vertical u horizontal entre empresas del sector eléctrico, a fin de evitar aquellos que puedan disminuir, dañar o impedir la libre competencia en el mercado eléctrico<sup>(4)</sup>.

Para ello, se establece que la Comisión de Libre Competencia del Indecopi deberá autorizar, en forma previa, cualquier acto u operación<sup>(5)</sup> que pretendan

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en leyes por la Universidad de Yale. Maestría en Economía por la Universidad del Pacífico. Profesor del curso de Derecho Mercantil en la PUCP y del curso de Regulación de Servicios Públicos en la UPC. Actualmente es Presidente del Consejo Directivo de SUNASS..

(1) El Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas fue aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM, y publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 25 de febrero de 1993.

(2) Véase para mayor información OSINERG. Documentos de Trabajo de la Oficina de Estudios Económicos. <http://www.osinerg.gob.pe/investigación>.

(3) Ya sea que se produzcan en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

(4) Artículo 1 de la Ley Antioligopolio.

(5) El artículo 2 de la Ley Antioligopolio señala lo que se deberá entender por concentración:

"Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una egresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de

realizar dos o más empresas que tenga como consecuencia un grado de concentración en el sector eléctrico superior a los umbrales previstos en la propia Ley Antioligopolio.

## 2.2. Regulación de concentraciones horizontales y verticales

La Ley Antioligopolio se aplica tanto a concentraciones horizontales como verticales. Cabe precisar que las concentraciones horizontales son aquellas que integran a dos o más empresas que participan en un mismo segmento del mercado; es decir, entre dos o más empresas competidoras, por ejemplo, entre empresas generadoras, empresas distribuidoras<sup>(6)</sup> o empresas de transmisión.

Por otro lado, las concentraciones verticales son aquellas que integran empresas que participan en distintas etapas de la cadena productiva o proceso productivo; por ejemplo, una empresa generadora se fusiona con una empresa distribuidora, o una empresa generadora con una transmisora, etcétera.

## 2.3. Límites de concentración

La Ley Antioligopolio señala, en el artículo 3, que en el caso de las concentraciones horizontales el límite máximo de concentración es de 15%, y en el caso de concentraciones verticales de 5%. Los límites se calculan tomando como base los ingresos combinados de las empresas involucradas respecto del total de ingresos de la industria.

Es importante destacar que estos límites máximos o umbrales son meramente referenciales; es decir, sirven únicamente como parámetros para desencadenar o dar inicio a la regulación *ex ante*, de tal modo que si como consecuencia de la concentración las empresas involucradas exceden dichos límites, de manera conjunta o separada, deberán solicitar la respectiva autorización previa al Indecopi. Los umbrales no constituyen tope máximos o barreras inalterables para la concentración empresarial en el sector, pues están sujetas al criterio que adopte Indecopi al momento de resolver cada solicitud de autorización de concentración.

## 2.4. Sanciones por incumplimiento

La Ley Antioligopolio también señala cuáles serán las sanciones por incumplimiento a aplicar en

caso dos empresas se combinen sin sujetarse a la autorización previa del Indecopi. Las posibles sanciones son:

a) que Indecopi declare la ineficacia del acto de concentración; es decir, dicho acto jurídico no tendrá efecto legal alguno.

b) que Indecopi dicte un mandato de desconcentración parcial o total para deshacer la operación de concentración, en concurrencia con una posible suspensión del derecho de voto adquirido con inobservancia de la Ley.

c) que se imponga una multa de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos de las empresas infractoras.

Se debe tener en cuenta que estas empresas, aún cuando hayan obtenido la aprobación del Indecopi para combinarse, siguen sujetas a los alcances de la Ley sobre Eliminación de Prácticas Monopólicas y Restrictivas de la Libre Competencia (en adelante, la "Ley General de Competencia"). De este modo, si una empresa generadora de electricidad obtiene la autorización de Indecopi para incrementar su participación en el mercado eléctrico como consecuencia de la adquisición de otra empresa generadora, logrando tener posición de dominio en este segmento del mercado, y posteriormente realiza prácticas anticompetitivas en dicho mercado, será pasible de sanción de acuerdo a la Ley General de Competencia.

## 2.5. El origen de la Ley Antioligopolio

Para entender los alcances de esta norma, conviene revisar su origen. El artículo 122<sup>(7)</sup> del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, establece que las actividades de generación, transmisión y distribución no podrán ser efectuadas por un mismo titular.

Este artículo de la Ley de Concesiones Eléctricas se inspira en el modelo regulatorio chileno del sector eléctrico, en el cual se segmenta el mercado en actividades de generación, de transmisión y de distribución de energía eléctrica. El objeto de la segmentación del mercado eléctrico era promover mayor eficiencia a través de la competencia en la actividad de generación de energía eléctrica, mientras que la transmisión y distribución de energía debían estar sujetos a regulación tarifaria debido a su condición de monopolios naturales<sup>(8)</sup>. Bajo este

acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación 'joint ventures', asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro actos, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo".

(6) En el caso de empresas de distribución eléctrica no existe propiamente una relación de competencia, dado que cada una opera en un mercado geográficamente diferente, determinado por el área de concesión de cada una. Esta característica, sin duda, cuestiona frontalmente la razón de ser de un régimen de control previo de concentraciones en estos casos.

(7) Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley Antioligopolio.

(8) Por otro lado, la mayoría considera que es correcto que las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica sean tratadas

modelo, dado que los precios de la energía eléctrica determinados en el mercado competitivo no regulado de generación son utilizados como referentes para la fijación tarifaria de distribución, la tarifa regulada a cargar a los usuarios debe aproximarse al costo económico de producir la electricidad demandada.

Sin embargo, debe notarse que para conseguir este objetivo regulatorio no es necesario restringir las concentraciones verticales u horizontales entre empresas: basta asegurar el libre acceso al mercado de generación eléctrica para que las propias fuerzas de la competencia generen las condiciones de eficiencia perseguidas por el modelo. Si la demanda lo justifica, ingresarán nuevos generadores a competir, y no lo harán (o saldrán) si no es así. Por otro lado, mientras no existan barreras a la entrada en el sector de generación, el riesgo de prácticas anticompetitivas por parte de una o más empresas combinadas será muy reducido, como veremos en la siguiente sección.

En consecuencia, conceptualmente, la aplicación del modelo de segmentación vertical no requiere impedir que un mismo operador o titular participe en los tres mercados y, por ende, impedir las concentraciones verticales ni horizontales. En tal sentido, no parece tener mayor justificación económica el mandato legal del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

### 3. ¿Racionalidad económica de la Ley Antioligopolio?

#### 3.1. Cuestión previa: constitucionalidad de la Ley

Una primera inquietud a evaluar es la constitucionalidad de la regla de control *ex ante* asumida por la Ley Antioligopolio. En el artículo 61 de la Constitución Política del Perú<sup>(9)</sup> (en adelante, la "Constitución"), piedra angular del régimen de competencia peruano, se sanciona el abuso de la posición de dominio, mas no la posición de dominio en sí misma. Se desprende del artículo 61 de la Constitución que no es cuestionable la adquisición de dominio de mercado, en el entendido que ello puede obedecer a razones de eficiencia (sinergias,

por ejemplo) de la empresa dominante y, por ende, generar mayores beneficios para los consumidores. No hay razón, pues, para sancionar la adquisición de posición dominante, salvo cuando ella se haya obtenido mediante prácticas anticompetitivas.

Es por esto último, puede sostenerse, que una de las responsabilidades constitucionales del Estado, derivada del propio artículo 61 de la Constitución, es evitar que existan barreras de acceso estatales o privadas para que otros competidores puedan ingresar al mercado, y así promover una estructura de libre competencia. El Estado no puede sancionar la eficiencia aun cuando ella implique la adquisición de poder dominante en el mercado, pero sí debe velar por que no existan obstáculos al libre ingreso de otros competidores en cualquier mercado, a fin de corregir cualquier distorsión que podría generar la empresa dominante o monopolista en el mercado. En este sentido, lo que "nos debe preocupar, antes que el monopolio en sí, son los medios por los cuales se alcanza una mayor participación de mercado, de un lado, y los posibles abusos que, una vez alcanzada una posición dominante en el mercado, puedan cometerse"<sup>(10)</sup>.

El régimen regulatorio consagrado en la Constitución consiste en prohibir las prácticas que distorsionan el proceso competitivo, pero no la posición de dominio en sí misma. Nótese que esto significa, en buena cuenta, un régimen de control posterior de conductas de los competidores del mercado.

Si este es, incuestionablemente, la letra y el espíritu de la Constitución, entonces ¿por qué la Ley Antioligopolio sí sanciona la obtención de posición de dominio en el sector eléctrico? Adicionalmente, debemos tener presente, ya en un plano legal, que se trata de una norma constitucional que restringe derechos<sup>(11)</sup>, por lo que tiene que ser interpretada de manera restrictiva, en virtud del principio general del derecho que establece que las normas que imponen sanciones o restringen derechos deben recibir una interpretación restrictiva por los propios operadores jurídicos<sup>(12)</sup>.

No resulta, pues, ajustado a la Constitución sancionar la obtención de posición de dominio, aun

como monopolios naturales. Cuando existe un monopolio natural, el ingreso de un nuevo operador es ineficiente desde un punto de vista económico, motivo por el cual es preferible mantener a un único operador sujeto a regulación. En cambio, en las actividades de generación eléctrica, si bien se requiere una fuerte inversión, el desarrollo de la competencia es posible y deseable (debido al desarrollo tecnológico y a los nuevos mecanismos regulatorios), por lo que se debe fomentar un mercado sin barreras de entrada y sin restricciones administrativas al crecimiento empresarial. Documento de trabajo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia. Efectos de la Ley 27239 sobre la Competencia en el Sector Eléctrico. 2000. p. 6.

(9) Artículo 61 de la Constitución Política del Perú:

"El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de las posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios".

(10) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La regulación constitucional de los monopolios y las políticas de competencia*. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003. p. 675.

(11) Por otro lado, el régimen de control de concentraciones implica una limitación al ejercicio de la libre iniciativa privada contemplada en el artículo 58 de la Constitución, al derecho de propiedad, contemplado en el artículo 70 de la Constitución, a la libre contratación, contemplado en el artículo 2, numeral 14 de la Constitución, y a la libertad de empresa y trabajo, contemplados en el artículo 59 de la Constitución.

(12) DIEZ CANSECO, Luis y Enrique PASQUEL. *Precios Excesivos: Una mirada a la luz del derecho comparado*. En: *Advocatus*. Número 10. p. 360.

cuando se “presuma” o se considere que podría tener efectos anticompetitivos, pues lo que la Constitución sanciona es el abuso de ella y, como es evidente, este no puede haber ocurrido antes de haber obtenido la posición de dominio.

En resumen, esta figura de control *ex ante* no encaja cómodamente dentro del marco conceptual establecido en la Constitución vigente.

### 3.2. ¿Políticas de competencia en conflicto? La contradicción entre la Ley General de Competencia y la Ley Antioligopolio

Otro aspecto a comentar es la contradicción existente entre la Ley General de Competencia y la Ley Antioligopolio. En efecto, la Ley General de Competencia consagra, en concordancia con el régimen constitucional de competencia, la regulación *ex post*, es decir, solo se sancionan las prácticas anticompetitivas en las que incurran las empresas o los casos de abuso de posición de dominio, pero no su adquisición. Por el contrario, la Ley Antioligopolio establece la regulación *ex ante*, únicamente para el sector eléctrico, presumiendo implícitamente que la posición de dominio genera incentivos económicos a un comportamiento anticompetitivo y, por lo tanto, dañino al mercado y a los consumidores, motivo por el cual es necesaria una evaluación previa de los potenciales efectos<sup>(13)</sup> de los actos de concentración empresarial.

En este orden de ideas, debemos preguntarnos porqué la diferencia en el tratamiento regulatorio. ¿Existe alguna razón de mercado que justifique un tratamiento particular en el caso del sector eléctrico? ¿O es que el control *ex ante* debiera ser la regla general de competencia para todos los sectores?

#### 3.2.1. Control de conductas *versus* control de estructura de mercado

Otro enfoque que nos permite apreciar la contradicción de la Ley Antioligopolio con la Ley General de Competencia es distinguiendo entre una regulación de conductas y una regulación de estructura de mercado.

La regulación de conductas sanciona las prácticas empresariales anticompetitivas, como por ejemplo: la coordinación del comportamiento entre empresas para evitar los riesgos de la competencia; la realización de estrategias de *dumping* o precios predatorios; establecimiento de barreras de acceso a nuevos competidores para

tener libertad de fijar precios u otras condiciones de intercambio, provocando perjuicios en el mercado<sup>(14)</sup>, entre otras.

De otro lado, y en contraposición al régimen de control de conductas, la regulación de estructuras cuida que la conformación del mercado permita el desarrollo de la actividad empresarial en libre competencia. Bajo este enfoque, la justificación del control de estructuras de mercado se basa justamente en la protección de la libre competencia. Se asume, de antemano, que los monopolios u oligopolios son perjudiciales pues generan incentivos económicos ineficientes, y que el control de concentraciones facilitaría la prevención o disuasión de dichas situaciones. Es decir, se intenta evitar que las empresas lleguen a tener poder irrestricto frente a los demás agentes que participan en el mercado, y que debido a ello, carezcan de incentivos para ser eficientes y generar bienestar. Entre los mecanismos más usados para lograr este objetivo se encuentran las leyes de control de concentraciones empresariales<sup>(15)</sup>.

El régimen adoptado por la Ley General de Competencia es, claramente, la regulación de conductas, y en este sentido, sanciona determinadas conductas empresariales que resultan anticompetitivas, como las ya mencionadas. Por el contrario, la Ley Antioligopolio plantea una regulación de estructura de mercado, que sanciona la obtención de un porcentaje determinado en el mercado y no una práctica anticompetitiva específica. Nuevamente, la pregunta que surge es ¿cuál es la justificación para esta diferencia?

#### 3.2.2. Complementariedad entre régimen de control posterior y régimen de control previo

Si, como hemos visto, la Ley Antioligopolio no excluye la aplicación de la Ley General de Competencia luego de aprobada la concentración por el Indecopi, ¿no basta con la regulación de la Ley General de Competencia para evitar las prácticas abusivas del que detenta posición de dominio?; ¿o deben coexistir, complementariamente, el régimen de control previo y el régimen de control posterior?

Al respecto, debe señalarse que no existe ningún supuesto de prácticas anticompetitivas sancionadas o disuadidas por un régimen de control previo que no pueda prevenirse o sancionarse bajo un régimen de control posterior. Entonces, dado que ambos

(13) “Desde un punto de vista económico, las concentraciones de empresas pueden tener efectos contrapuestos, por un lado aumentan el poder de mercado de los agentes involucrados y con ello la posibilidad de aumentar los precios; por otro, se mejora la eficiencia productiva y con ella la posibilidad de reducir los costos. Siendo ello así, por ejemplo en el caso de las fusiones, depende de cómo se acomodan dichas consecuencias. Entre otros efectos de la concentración están los redistributivos, el crecimiento de las industrias, empleo, el desarrollo de la inversión extranjera”. Materiales de enseñanza de Competencia 1 de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(14) QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. *¿Rezando entre tinieblas? El credo del control de concentraciones empresariales*. En: *Themis*. Número 39. 1998. pp. 224 y 225.

(15) RUIZ, Gonzalo. *Control de concentraciones versus regulación de conductas ¿Complementos o sustitutos?* En: *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Número 5. 1998. p. 225.

regímenes pueden cumplir exactamente el mismo objetivo, no parece existir una relación de complementariedad entre ambas, sino que la decisión de política regulatoria consiste en elegir la más eficiente para los fines propuestos.

A nuestro entender, la selección de la regla preferible depende de dos aspectos: (i) el costo de *enforcement* de cada una; y, (ii) el grado de institucionalidad y fortaleza técnica de la agencia de competencia. Parece claro que un régimen de control posterior es menos costoso (ver cuadro): únicamente se “activa” la regulación cuando existen indicios suficientes para considerar la posible existencia de prácticas anticompetitivas; la ley de control previo supone investigar todas las operaciones de concentración relevantes. El tiempo que toma cada intervención es también, presumiblemente, mayor en el caso del control previo, toda vez que supone investigar los mercados en los que operen las empresas que se combinan (pensemos en compañías telefónicas multiservicios), a diferencia del caso de la intervención *ex post* dirigida específicamente a los mercados en los que se haya detectado presuntas distorsiones.

Si bien es cierto que existe un costo en la “demora” en corregir una práctica anticompetitiva bajo un régimen de control posterior, no parece ser significativo en tanto la agencia de competencia realice un seguimiento constante de los principales mercados “en riesgo” y tenga la potestad de dictar medidas correctivas temporales.

En relación con el segundo punto, también parece claro que una ley de control posterior es preferible cuando la agencia de competencia se encuentra en etapa de consolidación, pues el costo de cualquier error regulatorio es acotado, dado que el número de intervenciones es menor. Una vez consolidada la agencia, y generada cierta jurisprudencia administrativa que permita dictar Lineamientos Resolutivos que contengan los criterios de interpretación usados por la agencia para aplicar la regulación de competencia, es posible que el costo de eventuales arbitrariedades o falta de rigor técnico se reduzca significativamente.

#### Costos comparativos de Políticas de Competencia alternativas

	Control Previo	Control Posterior
Sector Público		
No de Intervenciones	3	1
Planillas y Gastos Administrativos por Intervención	1	1
Tiempo por intervención	2	1
Sector Privado		
Asesores Técnicos por intervención	1	1
Errores Regulatorios	2	1
TOTAL	8	5

Nota: 0 es el costo mínimo y 3 es el costo máximo. Se ha considerado que el costo de los errores regulatorios los asume el sector privado, aunque en rigor es un costo que asume la sociedad en su conjunto

#### 3.3. Racionalidad económica en las concentraciones horizontales

La literatura económica sugiere que las concentraciones horizontales pueden afectar la eficiencia del mercado, en la medida que mientras menos competidores hayan en el mercado menores presiones competitivas enfrentará la industria<sup>(16)</sup>.

En el sector eléctrico peruano se argumenta que la concentración entre generadores reduciría la “disputa” de clientes libres<sup>(17)</sup>, afectando indirectamente al mercado regulado<sup>(18)</sup> en tanto la tarifa del mercado regulado no puede ser mayor o menor del 10% del precio en el mercado libre<sup>(19)</sup>. Por esta razón, se sostiene que para asegurar la eficiencia del mercado es necesario mantener un número mínimo de operadores independientes de generación de electricidad.

No obstante, esta línea de argumentación es rebatible. La racionalidad económica sugiere que si existe una demanda importante de energía por parte de los clientes libres, el libre acceso al mercado de generación bastaría para atraer a operadores competitivos y generar las eficiencias deseadas. Es decir, el propio mercado corregiría estas distorsiones.

(16) Véase ROSS, Stephen F. *Principles of Antitrust Law*. 1993. pp. 318-319; POSNER, Richard A. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. University of Chicago. pp. 97-113.

(17) Los clientes o usuarios libres son aquellos que no se encuentran sujetos a la regulación de precios por la energía o potencia que consumen (más de 1MW).

(18) Documento de trabajo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia. Efectos de la Ley 27239 sobre la Competencia en el Sector Eléctrico. 2000. p. 11. “La legislación peruana distingue en dos segmentos el mercado eléctrico para las transacciones de energía eléctrica. El primero de ellos es el mercado libre, que comprende las transacciones entre clientes o usuarios libres y las empresas proveedoras del servicio, que pueden ser generadoras o distribuidoras, siempre que estas transacciones no se destinen al Servicio Público de Electricidad. En este mercado, el precio corresponde al segmento de generación en el que se establece libremente por la interacción de la oferta y la demanda.

El segundo segmento es el mercado regulado, lo consumos son inferiores a 1 mega watt (1MW) y los ofertantes son empresas de distribución. Este mercado comprende al Servicio Público de Electricidad. Los precios son fijados por el organismo regulador de precios del sector, los cuáles no deberán diferir en más o menos del 10% de los precios establecidos”.

(19) Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la generación Eléctrica.

Si bien podría replicarse que la magnitud de las inversiones requeridas en esta industria y el alto “riesgo país” peruano reducirían la capacidad o velocidad de respuesta del mercado frente a estímulos externos, se deben tomar en cuenta dos cosas:

- a) la existencia de técnicas contractuales modernas, de uso frecuente en la industria, que atenúan las restricciones de financiamiento<sup>(20)</sup>;
- b) el riesgo político del país es común a muchas industrias que requieren fuertes inversiones (por ejemplo, agua y telecomunicaciones), y no por ello se puede concluir que debe generalizarse el uso de normas de control previo.

Puede ser, más bien, que el problema de fondo sea que el mercado eléctrico peruano es todavía reducido para atraer un mayor número de operadores, pero ese problema no se resuelve con una nueva ley. La regulación, a través del control previo, no puede “forzar” la presencia de un número mínimo de operadores, pues ello depende, en última instancia, del tamaño del mercado y de los condicionantes institucionales del sector. De otro lado, las posibilidades tecnológicas de interconexión eléctrica a nivel regional hacen que estas restricciones sean cada vez menos relevantes.

En resumen, el fundamento económico del control previo de concentraciones horizontales es controversial.

### 3.4. Racionalidad económica en las concentraciones verticales

El argumento conceptual a favor del régimen de control previo para las concentraciones verticales es aún más difícil. La teoría económica únicamente admite limitaciones a la integración vertical para evitar los casos de boicots destinados a bloquear el acceso de un competidor a insumos esenciales para su proceso productivo, por tratarse de prácticas exclusorias que dañan la competencia.

Los defensores de este régimen sostienen que la vinculación entre una empresa generadora y una distribuidora eliminaría la competencia entre ellos en el mercado de clientes libres y perjudicaría al cliente libre al poder fijar precios por encima del precio competitivo. Por ejemplo, una mina ubicada en el área de influencia de un distribuidor y un generador podría acceder a precios competitivos en la medida que ambos proveedores compitan entre ellos para ofrecerle la venta de electricidad. Si el

generador y el distribuidor se integran, es posible que el precio a cobrar aumente, en la medida que el siguiente proveedor más próximo debe cargar a su precio el costo de transmisión adicional.

Si bien el argumento es técnicamente correcto, debe observarse que este tipo de prácticas se pueden controlar eficientemente mediante un régimen de control posterior. Una buena ley general que sancione concertaciones entre proveedores, prácticas excluyentes, barreras de acceso o negativas a contratar resolvería el problema.

Por lo tanto, el fundamento económico para el control previo de concentraciones verticales tampoco es claro.

### 3.5. Modelo de despacho de energía en el mercado peruano

Si en sí misma una regulación *ex ante* de concentraciones empresariales tiene fundamentos económicos discutibles, la controversia es aún mayor en el caso del sector eléctrico, considerando la existencia y reglas de funcionamiento del modelo de despacho de energía actualmente vigente en el Perú, que hace mucho más compleja la realización de prácticas anticompetitivas entre generadores.

Veamos. Toda organización de un mercado eléctrico persigue dos objetivos: la seguridad del suministro de energía eléctrica y la minimización del costo total de la operación del sistema<sup>(21)</sup>. A este diseño institucional se le denomina modelo de despacho de energía, el cual puede estar administrado por los propios agentes del mercado eléctrico, por un ente independiente, o por el organismo supervisor del sector<sup>(22)</sup>.

El modelo que el Perú ha adoptado, es también llamado Modelo Poolco. De acuerdo a este modelo los objetivos de minimización de costos y seguridad del abastecimiento se encuentran centralizados en una sola institución, que es el centro de despacho. El sistema de despacho del Perú se denomina Comité de Operación Económica del Sistema -COES<sup>(23)</sup>.

El COES administra el mercado de energía, regulando la entrada de generadores al sistema de acuerdo a sus costos marginales de generación, y asignando la energía a los usuarios que tengan suscritos contratos de suministro. En suma, el COES administra el mercado de electricidad en base a reglas claramente definidas.

En principio, si es que este sistema funciona adecuadamente sería poco probable la posibilidad

(20) Project Finance, por ejemplo.

(21) Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia. *Estructura y funcionamiento del Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Peruano*. Indecopi. 2000. p. 7.

(22) Por ejemplo, por un lado, en el caso chileno el modelo de despacho del sistema se encuentra centralizado por el CDEC (Centro de Despacho Económico de Carga), el cual se encuentra conformado por agentes generadores y transmisores de electricidad, es decir, por los propios agentes del mercado eléctrico. Otro modelo es el del Reino Unido el despacho del sistema se centraliza en OFGEM (*Office of Gas and Electricity Markets*), que es el organismo regulador independiente del sector.

(23) El COES se encuentra regulado en la Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación Eléctrica, y el Título IV del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado mediante Decreto Supremo 009-93-EM.

de prácticas anticompetitivas en el mercado. ¿Cómo podrían dos generadores ponerse de acuerdo para perjudicar a otro competidor si el acceso es determinado por un ente distinto como el COES, y en base a los propios costos que los generadores proporcionan? La pregunta subyacente, aparentemente, es si el COES puede ser manipulado anticompetitivamente por sus integrantes. Si la respuesta es afirmativa, lo que corresponde es reevaluar la estructura de gobierno interno del COES y no modificar la política sectorial de competencia. No se puede solucionar un problema de funcionamiento interno del COES con una ley de competencia.

Al respecto, es interesante anotar que recientemente se ha dictado la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, publicada el 23 de julio del 2006, que modifica la conformación del COES para incorporar a representantes de los distribuidores y usuarios libres. Aparentemente, se ha tratado de reducir el control que los generadores pueden concentrar en el COES, aunque debe advertirse que este nuevo sistema de organización interna puede provocar problemas en las tomas de decisiones, en tanto cada sector representado tratará de conseguir el mayor beneficio para su sector. Una mejor solución parece ser que el COES sea administrado por una institución especializada, privada e independiente, de tal forma que las decisiones que se tomen gocen de mayor objetividad y transparencia frente a todos los agentes del mercado. Pero este tema es materia de otro estudio.

### 3.6. Análisis de los límites de concentración

Como se ha expresado anteriormente, los límites de concentración previstos en la Ley Antioligopolio sirven únicamente para activar la aplicación de la Ley, esto es, para generar la obligación legal de requerir la autorización del Indecopi. Sin la menor duda, Indecopi puede admitir mayores niveles de concentración: por ejemplo, si considera que a pesar de que las empresas que quieren combinarse representan el 20% de concentración, la integración no tiene efectos anticompetitivos, puede -o más bien debe- aprobar dicha concentración.

Un aspecto bastante más controversial se refiere a los límites mismos: 15% de concentración horizontal o 5% de concentración vertical no parecen representar poder de mercado relevante en ninguno de los dos casos. En el primero hay un 85% del mercado que se encuentra en manos de otros operadores no concentrados, y en el segundo un 95%. Entonces, cabe cuestionarse ¿cuál es el sustento técnico para estos umbrales? Ni el Ministerio de Energía y Minas, ni el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG-, ni

el Indecopi han justificado estos porcentajes en documento alguno. En realidad, parece que el objetivo buscado es evitar la reducción del número de operadores en el mercado, o lo que es lo mismo, forzar -inútilmente, vale la pena añadir- la existencia de un número mínimo de estos.

A modo de referencia, debe observarse que en el caso de Estados Unidos de América el umbral, también meramente referencial, es de 35%<sup>(24)</sup>, mientras que en la Comunidad Europea<sup>(25)</sup>, los umbrales se han expresados en montos de dinero involucrados en el valor total de la operación de concentración. Por ejemplo, una concentración deberá ser revisada por el Consejo de la Comunidad Europea si el volumen de negocios total a escala mundial supere los 5000 millones de euros, o si por lo menos dos empresas afectadas por la concentración superen los 250 millones de euros.

### 3.7. Los mandatos de desconcentración e ineficacia de Indecopi

La Ley Antioligopolio prevé como medidas correctivas o sancionadoras la posibilidad que Indecopi dicte mandatos de desconcentración o declare la ineficacia de la operación de concentración, sin especificar los alcances o criterios a los que debe sujetarse dichas facultades. Se trata, como se puede apreciar, de medidas bastante drásticas que deben ser utilizadas con prudencia, respetando la proporcionalidad entre el objetivo buscado y los costos de la medida correctiva y, en cualquier caso, en forma supletoria a cualquier otra medida que pueda restablecer o garantizar la situación de competencia deseada.

En relación con el mandato de desconcentración, la medida debe referirse estricta y únicamente a aquellos submercados que resulten o puedan resultar afectados de acuerdo al análisis de competencia que efectúe Indecopi. Un ejemplo puede ayudar a entender este punto: asumamos que en el mercado financiero existe control de fusiones y adquisiciones y un banco decide fusionarse con otro. Estos bancos compiten en diferentes sectores o servicios: el banco A tiene una fuerte presencia en tarjetas de crédito y créditos inmobiliarios, mientras el banco B es muy fuerte en banca empresarial. Esta fusión no supone que se haya incrementado la concentración en ninguno de estos mercados, por lo que no tendría sentido que el mandato de desconcentración alcance estos segmentos, aún cuando en conjunto ambos bancos representen el 50% de las captaciones del sistema. Si, en cambio, ambos tuvieran fuerte presencia en créditos de consumo, el mandato de desconcentración deberá limitarse a los activos referidos a estos segmentos.

(24) Federal Trade Commission and United States Department of Justice. *Horizontal Merger Guidelines 1992*.

(25) Artículo 2 del Reglamento Comunitario de Concentraciones, Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Un mandato más amplio que afecte a toda la operación puede resultar perjudicial e ineficiente para el mercado y generar costos no solo para las propias empresas involucradas sino para los consumidores y la economía en general.

En relación con la declaración de ineficacia, debe advertirse que la norma no aclara los alcances de esta medida. Pero una decisión de este tipo es bastante compleja, y sus efectos pueden ser insospechados: ¿cuál será el tratamiento de aquellos actos jurídicos efectuados por la empresa sancionada antes de la declaración de desconcentración del INDECOPI?; ¿se trata de actos nulos?; ¿anulables?; ¿eficaces hasta el momento de la declaración de ineficacia? Y en este último caso ¿cómo se atribuyen los derechos y obligaciones derivados de dichos actos si la concentración empresarial no es ya válida?

Se trata de herramientas muy potentes que exigen un análisis muy sólido para su aplicación, ponderando adecuadamente riesgos y beneficios, y sobretodo, la existencia de mecanismos de salvaguarda y acotación para evitar excesos que, desafortunadamente, la Ley Antioligopolio no contempla.

### 3.8. Legislación comparada: Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea

En la legislación comparada se admite el régimen de control previo, como por ejemplo en Estados Unidos de América y la Comunidad Europea.

El control previo de concentraciones en Estados Unidos es realizado por la *Federal Trade Commission - FTC-*, y por la *Federal Communication Commission - FCC-* en el mercado de telecomunicaciones, sus decisiones pueden ser revisadas por el Poder Judicial. La legislación de competencia central está prevista principalmente en la *Clayton Act* de 1914 y la *Celler-Kofauver Antimerger Act* de 1950, entre otras<sup>(26)</sup>.

En el caso de la Comunidad Europea, el control de concentraciones se realiza a través del sistema de "notificaciones previas". Este control previo se basa en los artículos 81<sup>(27)</sup> y 82<sup>(28)</sup> del Tratado de Roma y en el Reglamento Comunitario de Concentraciones<sup>(29)</sup>, en los que se estableció la prohibición de los acuerdos entre

empresas. La agencia de competencia de carácter comunitario que se encarga del control previo de concentraciones es la Comisión de las Comunidades Europeas, la cual se apoya en las agencias de competencia de cada país de la comunidad europea para llevar a cabo las investigaciones correspondientes. Esta normativa se basa en pretensiones básicamente políticas, congruentes con los principios de la integración europea y su filosofía de una economía social de mercado<sup>(30)</sup>. Entre los objetivos políticos destacan el bienestar de los consumidores, la promoción de la competencia efectiva y la existencia de más competidores.

No obstante, debe destacarse que aún existe un importante debate a nivel académico<sup>(31)</sup> respecto de la conveniencia de mantener una regulación de este tipo y sus efectos. Esencialmente, se cuestiona si esta regla promueve efectivamente un desempeño eficiente o competitivo en los mercados, o si, por el contrario, constituye un freno al libre flujo de recursos hacia las actividades económicas más rentables, reduciendo la eficiencia económica. En segundo lugar, se cuestiona el costo significativo que el cumplimiento de esta normativa ocasiona, en comparación con una norma de control posterior, que distrae recursos que podrían destinarse a usos más productivos, particularmente en países en vías de desarrollo.

### 4. Efectos prácticos: ¿mucho ruido y pocas nueces?

La aplicación de la Ley Antioligopolio en la práctica parece confirmar nuestras apreciaciones respecto de su necesidad o utilidad.

#### 4.1. Efectos sobre la competencia en el mercado eléctrico

El cuadro anterior muestra todas las operaciones de concentraciones evaluadas por el Indecopi hasta abril del 2006. Como se puede observar, no existe ningún caso que Indecopi haya rechazado; solo hay dos casos en los que impuso condiciones para autorizar la concentración: la

(26) Véase: Antitrust Guidelines of Collaborations Among Competitors (<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>); 1992 Horizontal Merger Guidelines (<http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>), la cual reemplazó a los Merger Guidelines de 1984 (<http://www.usdoj.gov/atr/hmerger/11249.pdf>). Estos dos últimos lineamientos se aplican tanto para concentraciones horizontales como verticales. Para mayores referencias véase HOWENKAMP, Herber. *Federal Antitrust Policy*, pp. 180-200.

(27) Ver, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea a los Acuerdo de Cooperación Horizontal (2001/C3/02). En: Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 2001. pp. 2-30.

(28) Ver, Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C29/01). En: Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 2000. pp. 1-44.

(29) Reglamento (CE) 139-/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 ([http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type\\_doc=Regulation&an\\_doc=2004&nu\\_doc=139](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Regulation&an_doc=2004&nu_doc=139)).

(30) TAVARA, José y Luis DIEZ CANSECO. *Estabilizando el péndulo: Control de Fusiones y Adquisiciones en el Perú*. En: *Themis*. Número 47. 2003. pp. 163 y 164.

(31) Ver, por ejemplo, DEMSETZ, Harold. *Two Systems of Belief about Monopoly*. En: *Industrial Concentration: The New Learning*. 1974; BHAGAT, Sanjai, y otros. *Hostile Takeovers in the 80's: The Return to Corporate Specialization*. En: *Brookings Papers on Economic Activity*. 1990. Para una revisión más general, ver: VAN DEN BERGH, Roger y Peter CAMESASCA. *European Competition Law and Economics, A Comparative Perspective*. Secciones 1, 4 y 1,6. Róterdam: Erasmus University. 2001.

Año Inicio	Solicitud de Autorización	Operación	Fecha de Resolución	Primera instancia	Segunda instancia
1998	ETECEN-Constitución del Consorcio Transmantaro	Empresa en común	26/02/98	Fuera de ámbito	-
1998	Generandes Perú S.A.- Compañía Eléctrica Cono Sur S.A.	Compra de acciones	23/12/98	Fuera de ámbito	-
1999	Endesa (España)-Enersis (Chile)	Adquisición de acciones	03/12/99	Autorización con condiciones	-
1999	Enersis S.A.-Endesa (Chile)	Adquisición de acciones	03/12/99	Autorización con condiciones	-
2001	Tractebel-Electroandes	Solicitud de autorización previa	22/10/01	Autorización sin condiciones	-
2001	Tractebel-PSEG Global inc.	Solicitud de autorización previa	22/10/01	Autorización sin condiciones	Confirma
2002	Interconexión Eléctrica ISA-ETECEN-ETESUR	Solicitud de autorización previa	29/08/02	Autorización sin condiciones	-
2002	Tractebel-EGASA EGESUR	Solicitud de autorización previa	07/11/02	Autorización sin condiciones	-
2002	Electroandes-Yuncán	Solicitud de autorización previa	04/12/02	Improcedente	-
2005	PIDC Aguaytia-Aguaytia Energy	Adquisición de acciones	09/01/06	Autorización sin condiciones	-
2005	Eetevensa-Edegel S.A.A.	Solicitud de autorización previa	10/04/06	Autorización sin condiciones	-

adquisición indirecta de control de Endesa (España) - sobre Enersis S.A. (Chile)<sup>(32)</sup> que originó una concentración en los mercados de generación y distribución eléctrica en el Perú.

En este caso<sup>(33)</sup>, el INDECOPI aprobó la operación considerando que era poco probable que se desarrollen prácticas que restrinjan la competencia, pero impuso condiciones para la autorización de la concentración: obligó a Edelnor (empresa distribuidora involucrada en la concentración) a licitar sus compras de energía entre todas las empresas de generación a fin de evitar eventuales prácticas exclusorias contra el resto de generadores, y restringió el poder de voto del Grupo Endesa en el COES, reduciendo sus votos de tres a dos<sup>(34)</sup>.

Estas condiciones fueron dadas debido a las circunstancias particulares del caso. La primera condición se dio porque uno de los principales efectos sobre la competencia entre generadores era que Edelnor oriente sus compras hacia sus generadores vinculados y de este modo el resto de generadores vería limitada su posibilidad de contratar con Edelnor. Por otro lado, redujo el poder de voto del Grupo Endesa España a dos (2) votos porque se consideró que al interior del COES el Grupo Endesa España pasaría a tener tres (3) votos de un total de nueve (9), y al no existir otros bloques al interior del COES con igual número de votos, el Grupo Endesa España estaría en capacidad de afectar a su favor las decisiones que se adopten en el COES.

(32) Resuelto con fecha 3 de diciembre de 1999, mediante Resolución 012-99-INDECOPI/CLC.

(33) Este caso se produce cuando la empresa Endesa de España adquiere las acciones de la Empresa Enersis de Chile, propietaria de una participación significativa en Endesa de Chile. Endesa de España había adquirido durante el proceso de privatización peruano, la propiedad de dos generadoras: Etevensa en el año 1995 y la Empresa Eléctrica de Piura en el año 1996. En tanto que Enersis había alcanzado la propiedad de las empresas distribuidoras: Edelnor en 1994 y EdeChancay en 1995. Al producirse la fusión de Endesa de España con Enersis y Endesa de Chile, la primera termina controlando la propiedad de tres generadoras: Etevensa, Empresa Eléctrica de Piura y Edegel (concentración horizontal) y dos distribuidoras: Edelnor y EdeChancay (concentración vertical).

(34) Véase Resolución 12-99-INDECOPI.

En los demás casos, se autorizó la operación de concentración sin condición alguna, lo cual nos lleva a concluir que, a criterio de la propia agencia encargada de su aplicación, la Ley Antioligopolio no ha prevenido mayormente riesgos o infracciones a la competencia, en nueve años de vigencia de la norma. Si esto es así, cabe preguntarse ¿qué está corrigiendo realmente la norma? o, en todo caso ¿para qué la necesitamos?

#### 4.2. Altos costos de transacción

La Ley Antioligopolio eleva los costos de transacción relacionados a las combinaciones empresariales en el sector eléctrico, ya que implica destinar importantes recursos tanto públicos como privados. Desde el sector público, se requiere mantener una infraestructura pública y un plantel de profesionales para la administración de la norma, tales como abogados y economistas, recursos para la investigación de mercados, gastos administrativos, entre otros.

Desde el sector privado, las empresas deben destinar también recursos para obtener la autorización de la agencia de competencia: pago de abogados y economistas, además de los gastos administrativos. La norma también genera altos costos de transacción en términos de tiempo perdido, considerando que el Indecopi demora en promedio cinco (5) meses en resolver una solicitud de autorización de concentración. Obviamente, estos recursos son distraídos de la economía y podrían destinarse a la realización de actividades más rentables, tanto privadas como públicas.

#### 4.3. Desaliento a la inversión y distorsiones en la asignación de recursos

Otro costo a tener en cuenta es el efecto de la norma sobre la asignación de recursos. La Ley Antioligopolio limita las posibilidades de inversión de los operadores ya presentes en el mercado, induciéndoles más bien a redireccionar sus inversiones hacia otras plazas en las que no existan trabas para el crecimiento empresarial. Esta restricción del libre flujo de recursos hacia el sector eléctrico se traduce en una disminución en las inversiones y un menor crecimiento de la oferta eléctrica.

De otro lado, la norma dificulta el proceso de privatizaciones en el sector eléctrico, toda vez que la entrega definitiva de la buena pro de una licitación de una empresa eléctrica pública está necesariamente condicionada a la obtención de la autorización del Indecopi, en caso el postor ganador sea un operador ya constituido en el sector. Si Indecopi rechazara la concentración, la licitación no surtiría efectos. Ante estas dificultades, en el año 2002 se dictó un Decreto

Supremo<sup>(35)</sup> en el cual se establecía que Proinversión, entidad encargada de los procesos de concesión, puede definir la oportunidad para solicitar la autorización a Indecopi, de manera que no se perjudique la competencia en las licitaciones.

En este orden de ideas, parece necesario evaluar la conveniencia de mantener una política pública de este tipo en un país en vías de desarrollo, con un mercado aun pequeño y con importantes déficit de infraestructura por revertir. Al respecto, debe señalarse que los inversionistas naturales en la expansión del sector eléctrico son, precisamente, aquellos que ya han invertido en el país y enfrentan por lo tanto, menores reticencias al riesgo país.

### 5. Reflexiones finales

El estudio nos permite plantear las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. La Ley Antioligopolio no parece tener una racionalidad clara en términos de política de defensa de la competencia y del correcto funcionamiento de los mercados, que justifique su existencia. Esto es aún más claro considerando la existencia y reglas de funcionamiento del COES, que opera como un administrador del sistema y hace más difícil la realización de prácticas anticompetitivas.
2. La Ley Antioligopolio impone costos importantes en el sector eléctrico: altos costos de transacción; desincentivos a la inversión, particularmente en operadores ya presentes en el país; y distorsiones en la asignación de recursos en la medida que frena el libre flujo de capital hacia este sector. Es controversial una política pública de este tipo para un país en vías de desarrollo con fuerte déficit de infraestructura.
3. Aparentemente, la regulación de conductas (la Ley General de Competencia) parece ser suficiente, o en todo caso preferible, a la regulación de estructuras de mercado. En este sentido, parece más sensato fortalecer la labor del Indecopi para los casos de control de conductas, especialmente en las labores de identificación y seguimiento de mercados potencialmente riesgosos.
4. Atendiendo a lo expuesto, entonces ¿por qué la regulación de la competencia en el sector eléctrico es diferente al régimen general?; ¿hay alguna razón para ello? Si lo que se quiere conseguir con una regulación *ex ante* es que se desarrolle en el sector competitivo, la solución no es forzar el ingreso de competidores al mercado y obligarlos a que se mantengan en él, sino brindar todas las condiciones para promover la inversión en el sector, y esto puede ser logrado a través de la regulación *ex post* contemplada en la Ley General de Competencia.<sup>45</sup>

(35) Decreto Supremo 087-2002-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 1 de junio de 2002.