

# Concentración en el sector eléctrico

## ¿Es posible un control previo?

**Roberto J. Santiviáñez Seminario**

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Muchos son los comentarios y no menos las críticas que ha recibido la denominada Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley No.26876, (en adelante “la Ley”), y su reglamento, el Decreto Supremo No.17-98-ITINCI (en adelante “el Reglamento”). Sin perjuicio de la importancia y pertinencia del debate respecto de la constitucionalidad de la Ley o su conveniencia desde una perspectiva de política regulatoria, en esta oportunidad quisiera llevar la discusión hacia qué posibilidades tiene la Ley de servir a los propósitos o despropósitos para los que ha sido implementada.

El fin objetivo de la Ley es claro: implementar un sistema de control previo que no permita la realización de operaciones de concentración en el sector eléctrico que tengan efectos negativos en el mercado (disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia)<sup>(1)</sup>. Lo que es absolutamente obscuro es cómo se podría alcanzar tal efecto a través de la Ley y el Reglamento.

Tomando en consideración el análisis de las normas que componen el marco regulatorio para la actividad eléctrica en el Perú, mediante el sistema de control previo de la Ley y el Reglamento no resultaría posible, en ningún caso, concluir que algún acto de concentración en el sector eléctrico, por sí mismo, ha de disminuir, dañar, o impedir la competencia y la libre concurrencia. En los párrafos siguientes pasaremos a

revisar los aspectos y consideraciones más importantes del análisis que sustenta esta posición.

Los actos de concentración en el sector eléctrico pueden ser de hasta siete formas. Según la clasificación de la Ley y el Reglamento serían tres formas de concentración horizontal y cuatro de concentración vertical.

### **1 Formas de concentración horizontal.**

#### **1.1 Actos de concentración que involucren dos o más empresas de distribución eléctrica.**

En ningún caso la concentración de dos o más empresas de distribución, inclusive de todas ellas, pertenecientes a un mismo o a diferentes sistemas interconectados, puede por sí misma disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

La primera pregunta es qué mercado se debería considerar para evaluar los efectos respecto de la competencia y la libre concurrencia. Habría tres posibilidades:

##### **1.1.1 Respecto del suministro de electricidad a usuarios de servicio público.**

El suministro eléctrico a los usuarios de servicio público ubicados dentro del área de su concesión es un derecho exclusivo y excluyente de la empresa de

(1) Artículo 1 de la Ley, así como definición de “Operación de Concentración no Compatible con el Mercado” del artículo 2, numeral 1, de el Reglamento.

distribución<sup>(2)</sup>. El usuario no tiene ningún derecho o posibilidad de elección, será suministrado por la empresa de distribución titular de la concesión que cubre el lugar donde éste se encuentre. Los precios y condiciones comerciales para dicho suministro son determinados por organismos reguladores. Los precios son establecidos por la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE) para cada empresa de distribución, si bien partiendo de su agrupación en sectores típicos de distribución, el cálculo se realiza de forma aislada y a partir de un análisis separado para cada una de ellas.

Las condiciones comerciales se encuentran en la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley No.25844, su reglamento y otras normas del Ministerio de Energía y Minas, el Organismo Supervisor de la Inversión en Tecnología (OSINERG) y la CTE.

Como las concesiones de distribución constituyen monopolios para el suministro del servicio público de electricidad, no es posible que a este nivel exista competencia entre empresas de distribución<sup>(3)</sup>.

Si se concentrasen dos o más empresas de distribución del Perú para los usuarios de servicio público de electricidad nada cambiaría, tendría al mismo suministrador (sin poder elegir otro), los mismos precios y las mismas condiciones de suministro.

#### 1.1.2 Respecto del suministro eléctrico a clientes libres<sup>(4)</sup>.

A diferencia de los usuarios de servicio público, los clientes libres pueden elegir entre la empresa de distribución y cualquier empresa de generación del sistema interconectado para celebrar sus contratos de suministro eléctrico en condiciones y precios libremente determinados por las partes.

A este nivel, las empresas de distribución compiten con las empresas de generación, con la ventaja que les da la diversidad de cargas de la demanda de su gran cantidad de clientes y su eventual cercanía a estos, pero con la desventaja de ser siempre revendedores

de electricidad y no tener acceso al mercado *spot*.

El caso es que si se concentrasen dos o más empresas de distribución de un sistema interconectado o de todo el país, de un lado, la capacidad de elección de los clientes libres entre la empresa de distribución y las empresas de generación se mantendría intacta, así como su capacidad de negociación, y del otro, la competitividad de la empresa de distribución frente a la de generación se mantendría invariable toda vez que los sistemas de distribución de cada concesión son autónomos y no puede realizarse una consolidación de cargas que incremente la diversidad de la demanda de la empresa de distribución. Además, su cercanía al cliente no sería alterada.

#### 1.1.3 Respecto de los servicios de transmisión y transformación para el suministro por terceros a clientes libres utilizando redes de la empresa de distribución.

Las empresas de distribución están obligadas, con derecho a la compensación correspondiente, a permitir el uso de sus redes cuando el suministro por tercero a un cliente libre así lo requiera<sup>(5)</sup>. El monto de las compensaciones es determinado en dirimencia por la CTE a falta de acuerdo entre las partes. Esta situación no cambiaría en lo absoluto si se concentrasen empresas de distribución debido a que cada una de ellas, individualmente, tendría esta obligación legal frente a terceros.

#### 1.2 Actos de concentración que involucren dos o más empresas de transmisión eléctricas.

En ningún caso la concentración de dos o más empresas de transmisión, o de todas ellas, de uno o más sistemas interconectados, puede por sí misma disminuir, dañar, o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Los servicios de las empresas de transmisión

(2) Artículo 30 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley No.25844.

(3) Por sí mismo, el hecho de determinar la participación de una empresa de distribución en el "mercado" en función a sus volúmenes de ventas respecto del total de las demás resulta, para estos efectos, en una ficción; toda empresa de distribución tiene una participación del 100% en el suministro de servicio público de electricidad dentro del área de su concesión, lo cual no constituye un mercado por ser un monopolio.

(4) Aquellos que por tener una demanda mayor a 1 mw. no son considerados como usuarios de servicio público de electricidad.

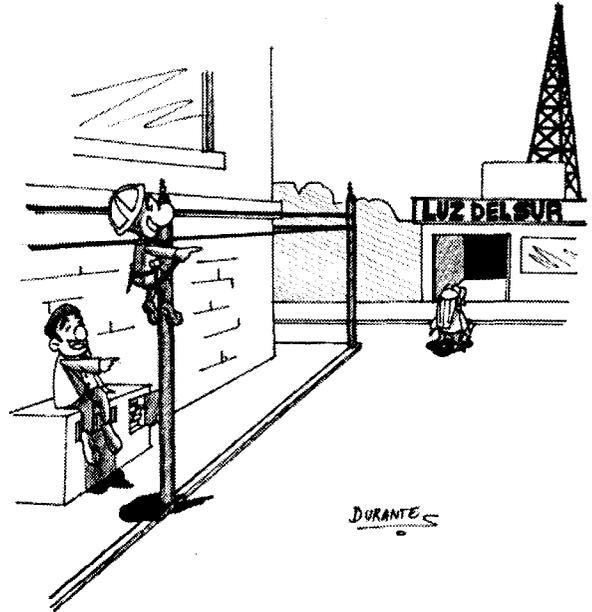
(5) Artículo 34, literal d y artículo 62, de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley No.25844.

comprenden a grandes rasgos el transporte y la transformación de electricidad, encontrándose obligadas a prestar dichos servicios a quien lo solicite siempre que exista capacidad para ello o, en caso contrario, el solicitante contribuya en la ampliación de capacidad que fuese necesaria<sup>(6)</sup>. Por la utilización de las instalaciones de transmisión pertenecientes al sistema principal de transmisión, las compensaciones a las empresas de transmisión son establecidas por la CTE<sup>(7)</sup>. Por la utilización de las instalaciones de transmisión pertenecientes a un sistema secundario, a falta de acuerdo entre las partes la CTE determinará en dirimencia los montos a ser pagados a la empresa de transmisión (utilizando criterios similares para la determinación de las compensaciones en el sistema principal).

El acceso al desarrollo de actividades de transmisión se encuentra siempre abierto, a diferencia de la distribución donde una nueva concesión requeriría de la existencia de un centro poblado nuevo. El crecimiento natural del sector -incremento de la demanda, desarrollo de nuevas centrales de generación y de plantas industriales- requiere constantemente de la instalación de equipos de transmisión (con sus correspondientes concesiones). Cualquier empresa de transmisión, nueva o existente, puede obtener una concesión para desarrollar actividades de transmisión en el sistema principal. En el sistema secundario pueden participar no solo empresas de transmisión sino también empresas de generación y distribución, así como empresas dedicadas a otras actividades (por ejemplo una empresa minera).

Los términos y condiciones (incluyendo precios y costos) para la utilización de las instalaciones de transmisión del sistema principal serían exactamente los mismos fuesen uno o veinte los titulares de dichas instalaciones. En el sistema principal no existe competencia, los términos y condiciones para su utilización se encuentran regulados, las empresas de transmisión rentan en función a sus costos eficientes, sin importar la calidad de sus servicios, que hasta la

fecha son pagados por las empresas de generación interconectadas mediante una prorrata que prescinde del uso efectivo que hubiesen hecho de dicho sistema.



Respecto del sistema secundario la concentración también tendría un efecto neutro. En un sistema interconectado, las instalaciones de los sistemas secundarios existen en la medida en que un usuario (empresa de generación o de distribución o un cliente libre) necesite conectarse al sistema principal. El usuario siempre tendrá las alternativas de llegar a un acuerdo con la empresa de transmisión, someterse a la dirimencia de la CTE, construir instalaciones propias o contratar a un tercero para que lo haga<sup>(8)</sup>; esto no sufriría ninguna alteración sea cual fuere el tamaño de la empresa de transmisión o si se encontrase concentrada o no. Si bien es posible que exista competencia en el sistema secundario (bajo la regulación existente), el escaso desarrollo de los sistemas de transmisión peruanos no lo permite (por ejemplo, no existen líneas de transmisión alternativas). En todo caso, el día que exista competencia las opiniones arriba expresadas serán igualmente válidas.

(6) Artículo 33 y artículo 62 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley No. 25844.

(7) En atención al valor de reemplazo de sus instalaciones (costos fijos) y los costos de operación y mantenimiento de las mismas (costos variables). No costos reales sino costos eficientes.

(8) Las inversiones en transmisión normalmente son lo suficientemente grandes para resultar atractivas a operadores, constructores y proveedores de equipo internacionales. Este es un mercado globalizado donde los operadores peruanos siempre tendrán una participación minúscula por más grandes que sean.

Hoy en día solamente sería posible identificar competencia al momento previo a la construcción de nuevas instalaciones de transmisión, cuando proveedores de equipo, constructores y operadores compiten por tener las mejores alternativas y obtener los contratos, pero esto no es propiamente actividad de transmisión eléctrica.

De igual forma que respecto de la distribución, bajo la regulación vigente y en las circunstancias actuales, hablar de participaciones en el mercado de transmisión es mera ficción y nada podría ser más arbitrario que valerse de volúmenes de ingresos o ventas para ello.

En todo caso, el día que existan condiciones de competencia en los sistemas secundarios de transmisión, debería considerarse criterios más apropiados como la capacidad de transmisión y la existencia de sistemas alternativos para cada segmento del mercado o cada mercado relevante (según prefiera llamársele).

### 1.3 Actos de concentración que involucren dos o más empresas de generación eléctrica.

En ningún caso la concentración de dos o más empresas de generación, o de todas ellas, pertenecientes a uno o más sistemas interconectados, puede por sí misma disminuir, dañar, o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Las empresas de generación participan principalmente de dos mercados: potencia y energía<sup>(9)</sup>. Las operaciones de suministro eléctrico involucran tanto la contratación de potencia (también denominada capacidad) como el suministro de energía<sup>(10)</sup>. Estas pueden tener lugar con empresas de distribución y clientes libres, e inclusive con otras empresas de generación<sup>(11)</sup>.

Si bien las empresas de generación celebran directamente acuerdos comerciales con empresas de distribución y clientes libres, la garantía de capacidad

y el suministro de energía son proporcionadas por el sistema interconectado en su conjunto y no por cada particular empresa de generación.

La participación efectiva de una empresa de generación en los mercados de potencia y energía es determinada finalmente por la eficiencia<sup>(12)</sup> de sus unidades de generación eléctrica. La administración del sistema, el Comité de Operación Económica del Sistema, (COES), no ha de reconocer ningún valor a aquellas unidades de generación menos eficientes que no son requeridas para garantizar la demanda de electricidad del sistema (capacidad) ni requeridas para despacho según los programas de operación (energía).

El sistema siempre cumplirá con los contratos de todas las empresas de generación, cada una de estas recibirá directamente de sus clientes los pagos bajo sus contratos, sin importar si sus unidades de generación han contribuido con el sistema a través de los denominados despachos económicos de potencia y energía. Los aportes de las unidades de generación son requeridos, y valorizados, en atención a su eficiencia, siendo irrelevante si las unidades de una empresa de generación son requeridas para despacho en un volumen superior o inferior a sus compromisos comerciales con clientes.

Mensualmente el COES determina qué empresas de generación han efectuado contribuciones en volúmenes inferiores a los demandados por sus clientes, y los pagos que estas deben hacer por la potencia y energía que, habiendo sido contribuida por otras empresas de generación, ha sido utilizada por el sistema para satisfacer la demanda de tales clientes. Los pagos son determinados por COES pero realizados directamente de una empresa de generación a otra.

Estos mecanismos de transferencia de potencia y energía son referidos como mercado *spot*. Los precios de potencia y energía en el mercado *spot* son precios regulados determinados finalmente por COES pero sobre la base de valores verificados, aprobados e incluso fijados por la CTE<sup>(13)</sup>.

(9) Además de otros servicios de volúmenes mucho menores como regulación de tensión o compensación reactiva.

(10) Regularmente existe un pago fijo por capacidad y un pago variable según el consumo efectivo de energía.

(11) Las operaciones entre empresas de generación no son propiamente de suministro eléctrico si no más bien de intermediación porque finalmente es una empresa de distribución o un cliente libre quien recibe el suministro eléctrico.

(12) Eficiencia entendida como costos variables de producción de energía de cada unidad de generación.

(13) Por ejemplo, los costos variables de operación de las centrales que son utilizados para determinar la eficiencia de cada unidad y

La existencia del mercado *spot*, como un mercado intermedio entre la empresa de generación y su cliente determina que la participación efectiva de estas empresas en el mercado relevante (suministro eléctrico) no dependa finalmente de los volúmenes de potencia que pueda garantizar o de energía que pueda producir, ni de los volúmenes contratados con sus clientes, sino de la eficiencia de sus unidades de generación.

Los precios de potencia y energía en el mercado *spot* y la participación en éste de las empresas de generación en función a la eficiencia de sus unidades no sufrirían ninguna variación en caso se concentrasen dos, una gran parte o la totalidad de las empresas de generación. El hecho que el COES tenga órganos internos que adopten decisiones según la voluntad de sus miembros no implica que exista la posibilidad de una efectiva dictadura de la mayoría. Tal es el caso de los procedimientos internos de el COES relacionados con la evaluación de costos y el análisis de eficiencia de las unidades de generación, puesto que el COES ha de proponer al Ministerio de Energía y Minas, para su aprobación, los procedimientos para la optimización de la operación y la valorización de las transferencias de potencia y energía<sup>(14)</sup>. Dichos procedimientos deben ser aplicados objetivamente por el COES y si algún miembro considerase hubiese algún tipo de acuerdo para la aplicación o interpretación de algún procedimiento orientada a beneficiar de forma particular o indebida a uno o más de sus miembros, se podrá requerir la acción supervisora del OSINERG o incluso llevar el caso a un arbitraje en caso una disputa interna no tuviera solución directa. El mercado *spot* de un sistema operado bajo un modelo marginalista, como es el caso peruano, no puede ser manipulado por las mayorías como podría suceder bajo un modelo de subasta de despacho (como el del modelo argentino). La concentración no garantiza ningún privilegio, control o cuota de participación en este mercado, donde las operaciones son de resultados a mediano y largo plazo y siempre existe la posibilidad de ser desplazados por el ingreso de nuevas unidades más eficientes.

En un supuesto de concentración, las demás empresas de generación no sufrirán ningún perjuicio en su capacidad de ofrecer a sus clientes los mejores precios y condiciones que la eficiencia de sus unidades y los costos del mercado *spot* le permiten. Asimismo, mientras exista un modelo regulatorio con libre acceso al desarrollo de actividades de generación, los clientes no perderán la capacidad de negociar precios y condiciones consistentes con la realidad del mercado, puesto que siempre habrá no menos de un par de docenas de operadores internacionales o proveedores de equipos dispuestos a ofrecer una buena alternativa que podría incluso considerar la autogeneración.

Sin perjuicio de lo anterior, un supuesto posible en que la concentración horizontal de empresas de generación tuviese un efecto perjudicial al mercado sería el caso en que la empresa concentrada discriminase entre algunos clientes respecto de los términos y condiciones de suministro. Pero un supuesto como este parte de la presunción de un comportamiento indebido del operador, que además correspondería evaluar dentro de los supuestos de abuso de posición de dominio en el mercado, para lo cual existen normas y procedimientos propios.

## 2 Formas de concentración vertical.

### 2.1 Actos de concentración que involucren actividades de distribución y transmisión eléctrica.

Ningún acto de concentración que involucre actividades de distribución y transmisión eléctrica dentro de un mismo o diferentes sistemas interconectados, puede por sí mismo disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Si se tratase de distribución y transmisión en dos sistemas interconectados diferentes no existiría ningún posible efecto en la competencia, puesto que se trataría de operadores en mercados separados.

Dentro de un mismo sistema interconectado, esta forma de concentración tampoco crearía perjuicios

posteriormente los precios de la energía en el mercado *spot* han de contar con la aprobación de la CTE y no constituyen necesariamente costos reales sino aquellos reconocidos como "costos eficientes" por la CTE.

(14) Artículo 86, literal f, del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley No.25844.

debido a que:

a) Respecto del suministro a usuarios de servicio público no existe competencia, por tanto la concentración deviene en irrelevante.

b) Respecto de los servicios de transporte y transformación, tanto a nivel de transmisión como distribución existe obligaciones de permitir el libre acceso a los demás operadores (explicado a propósito de la concentración horizontal a nivel distribución y transmisión), de manera que la concentración no habría de alterar su posición frente a los demás operadores.

c) Respecto del suministro a clientes libres, en esta caso la concentración podría permitir una reducción de costos de transporte y transformación en sistemas secundarios. Si la concentrada empresa de distribución aprovechase el menor costo de transmisión para mejorar sus precios ofrecidos a clientes libres, los mismos costos de transmisión deberán ser otorgados a los demás operadores, de lo contrario se produciría una situación de abuso de posición de dominio (por acceso privilegiado al recurso) que correspondería sancionar en aplicación de las normas del Decreto Legislativo No.701. En este caso la concentración no tendría por sí misma un efecto negativo en el mercado debido a que resultaría en una reducción de costos que sólo si se presume un comportamiento indebido o ilícito del operador concentrado es que podría tener efectos perjudiciales. ¿Sería válido declarar un acto de concentración como no compatible con el mercado sobre la base de asumir una futura situación de abuso de posición de dominio en el mercado?

## **2.2 Actos de concentración que involucren actividades de distribución y generación eléctrica.**

Ningún acto de concentración que involucre actividades de distribución y generación dentro de un mismo o diferentes sistemas interconectados, puede por sí mismo disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia.

Tratándose de distribución y generación en dos sistemas interconectados diferentes no existiría ningún posible efecto en la competencia, puesto que se trataría de operadores en mercados separados.

Dentro de un mismo sistema interconectado, esta forma de concentración tampoco crearía perjuicios debido a que:

a) Respecto de los usuarios de servicio público la concentración de distribución y generación no produce ningún efecto. Considerando que los precios regulados constituyen precios máximos trasladables a los usuarios de servicio público respecto de un suministro en condiciones monopolísticas, no tendría ningún sentido para los operadores estar concentrados en reducir los costos de suministro.

b) Respecto del suministro a clientes libres conectados a la red de distribución de la empresa concentrada, ésta deberá facilitar el acceso a los demás generadores en similares términos y condiciones que los propios, de lo contrario se verificaría una situación de abuso de posición de dominio igual a la referida en el último párrafo de la sección anterior. Los comentarios habrían de ser los mismos respecto de la validez y pertinencia de conclusiones tomadas sobre la base de asumir futuras acciones indebidas.

En todo caso, beneficios tales como la reducción de costos habrían de ser considerados por la CTE para la fijación, en dirimencia, de las compensaciones por el uso de las instalaciones de distribución por otros operadores. En consecuencia, los demás operadores podrían exigir se les permita utilizar las redes de distribución en similares condiciones preferenciales.

## **2.3 Actos de concentración que involucren actividades de generación y transmisión eléctrica.**

Ningún acto de concentración que involucre actividades de generación y transmisión dentro de un mismo o diferentes sistemas interconectados, puede por sí mismo disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre competencia.

Tratándose de generación y transmisión en dos sistemas interconectados diferentes no existiría ningún posible efecto en la competencia, puesto que se trataría de operadores en mercados separados.

Dentro de un mismo sistema interconectado, esta forma de concentración tampoco crearía perjuicios debido a que el potencial acceso privilegiado al uso de

instalaciones de transmisión no ofrecería mayores ventajas al generador, considerando que es el COES quien finalmente decide qué uso reciben las instalaciones de transmisión de un sistema interconectado, además de la existencia de la obligación de permitir el libre acceso al uso de las instalaciones de transmisión. En todo caso, si la integración hiciera posible algún beneficio específico para su titular (por ejemplo una reducción de costos), como se ha indicado en las secciones precedentes, éstas habrían de ser otorgadas a los demás operadores; caso contrario constituirían un trato discriminatorio conducente a una situación de abuso de posición de dominio.

---

Es importante insistir que en ningún caso la concentración, vertical u horizontal, puede incrementar la eficiencia a nivel generación mejorando la posición de despacho del operador concentrado.

---

Repetiremos entonces que, en la medida que no se admitan suposiciones de futuras acciones indebidas como sustento de las decisiones, no es posible concluir que esta forma de concentración pueda producir, por sí misma, alguno de los efectos no deseados en el mercado.

Adicionalmente, al igual que respecto del uso de instalaciones de distribución por terceros, la CTE habría de tener en cuenta los beneficios obtenidos por la integración para la fijación de las compensaciones por el uso de las instalaciones de transmisión.

#### **2.4 Actos de concentración que involucren actividades distribución, transmisión y generación eléctrica.**

Ningún acto de concentración que involucre actividades de distribución, transmisión y generación dentro de un mismo o diferentes sistemas interconectados, puede por sí mismo disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Esta forma de concentración, por involucrar todas las actividades del sector eléctrico merece todas las

consideraciones hechas a propósito de las demás formas de concentración.

Esta concentración, como todas las demás, no tendría ningún efecto negativo respecto de la regulación de precios a niveles de generación, transmisión y distribución.

Igualmente, respecto de las operaciones involucradas en el suministro a clientes libres, las consideraciones expuestas en las secciones anteriores (tales como el acceso abierto al desarrollo de operaciones de generación y transmisión, los mecanismos intermedios del mercado *spot* y el libre acceso al uso de sistemas de transmisión y distribución), determinarían que esta forma de concentración no produzca por sí misma ninguna alteración en las relaciones y capacidades de los diferentes actores. Así entonces, completado el acto de concentración, generadores, transmisores, distribuidores y clientes libres han de conservar con exactitud su posición en el mercado. Adicionalmente, también sobre la base de las consideraciones de las secciones anteriores, los beneficios que pudiese lograr el operador concentrado, como la reducción de costos, habrá de ser finalmente compartido por los demás operadores y reportará en beneficio del mercado en conjunto.

### **3 Conclusiones y comentarios finales.**

Ninguna forma de concentración tendrá efectos negativos respecto de la regulación de precios en el sector eléctrico. La CTE no aceptaría ningún sobrecosto o manipulación de costos de parte de el(los) operador(es) concentrado(s). Es más, solamente serían trascendentes aquellas circunstancias que reporten una reducción de costos, reducción que resultaría en beneficio del mercado en conjunto a través de la baja de tarifas para el mercado regulado y de los montos de las compensaciones por el uso de instalaciones de transmisión y distribución que fuesen determinados en dirimencia por la CTE. Es importante insistir que en ningún caso la concentración, vertical u horizontal, puede incrementar la eficiencia a nivel generación mejorando la posición de despacho del operador

concentrado.

Asimismo, las normas que componen el marco regulatorio para la actividad eléctrica en el Perú y la globalización de los negocios eléctricos mediatizan e impiden la posibilidad de que un acto de concentración en el sector tenga como efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades del sector eléctrico o en los mercados relacionados. Por supuesto que, distinto sería el caso, si el acto de concentración fuese acompañado o seguido de comportamientos indebidos e ilícitos de parte de los operadores concentrados, pero existiendo mecanismos específicos para actuar frente a estos actos indebidos e ilícitos (Decreto Legislativo No.701, supervisión del OSINERG, dirimencias de la CTE, arbitrajes entre miembros del COES), cabría preguntarse qué finalidad podría cumplir la Ley y el Reglamento, más aún cuando para sancionar una operación de concentración como no compatible con el mercado se tuviese que asumir y suponer futuras conductas indebidas de parte de los operadores; sin perjuicio del hecho que dicha calificación previa, quitaría a los demás actores del mercado la capacidad de elegir entre las posibilidades de acción que estarían a su alcance en el momento y circunstancias correspondientes, perjudicando a su vez la posibilidad de éstos de acceder a los beneficios que la concentración podría haber introducido al mercado.

De otro lado, aprovecho la oportunidad para llamar la atención respecto de lo siguiente: el sentido original del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, en concordancia con los principios del modelo regulatorio implementado, estaba orientado hacia

lograr mayor eficiencia en la especialización de las empresas operativas en una de las actividades eléctricas mediante la desintegración y/o segmentación de las etapas del proceso productivo típico del sector; no era un artículo orientado hacia la prevención de actos de concentración en el sector. Por ello la prohibición, según el texto original de dicho artículo, se aplicaba a nivel de empresa operativa, la cual no podía realizar en ningún caso más de una de las actividades, pero sin prohibir que otra empresa operativa relacionada desarrollase otra de las actividades o que se tuviesen activos que pudiesen corresponder a otra actividad mientras fuesen operados por otra empresa. Luego, con la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley, el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas ha perdido su capacidad de velar por la especialización de las empresas operativas del sector<sup>(15)</sup> y no me queda tan claro que haya ganado algún terreno o le corresponda algún aporte en el campo de la prevención de las operaciones de concentración no compatibles con el mercado.

Cabría entonces preguntarse: ¿De qué sirve un sistema de control que no puede controlar? ¿En qué consiste el aporte de la Ley, tiene alguna contribución para el marco regulatorio del sector eléctrico o enriquece de alguna forma el marco normativo de protección a la libre competencia? ¿No habrá resultado la Ley y el Reglamento, sin intención de ello, en la implementación de todo un procedimiento administrativo para cumplir con una mera obligación formal de notificar ciertos actos a la administración bajo apercibimiento de multa? AE

(15) Por ejemplo, hoy una empresa de distribución se puede fusionar con una empresa de generación y mientras no implique una disminución, daño o restricción de la competencia y la libre concurrencia no podrá ser materia de prohibición en aplicación del modificado artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, Ley No.25844.