

Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica

Eduardo Quintana Sánchez*
Maleka Carrasco Casagrande**

El siguiente artículo nos presenta los diversos tipos de regulación de reasignación de gas natural. El autor expone, desde una perspectiva jurídico-económica, nuevos tipos de regulación a la clasificación convencional.

I. INTRODUCCIÓN

Las situaciones de escasez de determinados bienes o de bienes que tienen carácter escaso no son siempre excepcionales ni tampoco tan esotéricas como podría suponerse. Mas bien, en diversos casos se producen restricciones en la oferta de bienes que son difícilmente sustituibles, debido a circunstancias coyunturales o por características estructurales de las industrias. Una alternativa en tales casos es dejar que el mercado se encargue de resolver la situación, es decir, que ante la menor oferta se incremente el precio y el bien se encuentre disponible solamente para aquellos en capacidad de pagar ese mayor precio.

Sin embargo, puede considerarse que si bien los mecanismos de mercado son adecuados para resolver el problema, es necesario definir reglas adicionales para que funcionen de modo más efectivo para enfrentar eficientemente la situación de escasez. De otro lado, dependiendo del contexto, también puede considerarse que el resultado que produciría el mercado (que en términos económicos sería eficiente), no es aceptable en términos de equidad, porque con la solución de mercado parte de la demanda queda desabastecida de un bien sin sustitutos o sino por razones de seguridad en tanto que el desabastecimiento de los bienes podría ocasionar agitación social. Son este tipo de consideraciones las que suelen motivar la implementación de regulaciones que permitan la reasignación del derecho de uso de bienes escasos o sistemas de racionamiento para la provisión de los mismos.

El presente trabajo tiene por finalidad estudiar la regulación por situaciones de escasez en general y

la regulación para la reasignación de gas natural bajo situaciones de restricción del suministro o transporte del gas en particular, identificando las principales características del diseño regulatorio implementado y la riqueza conceptual que se deriva de su aplicación e interpretación.

Para tales efectos, se desarrolla en primer lugar un marco conceptual sobre las razones que justifican la regulación y sobre las clasificaciones de las distintas modalidades de regulación existentes, considerando tanto los postulados tradicionales como los planteamientos más modernos en esta materia (que califican los sistemas regulatorios como combinaciones híbridas de mecanismos de control jerárquicos, de competencia, comunitarios y de diseño). Ello permite estudiar más apropiadamente la riqueza de las complejas combinaciones de instrumentos y modalidades regulatorias que se utilizan en la actualidad.

En segundo lugar, se identifican casos de regulación para la escasez implementados en las industrias peruanas de infraestructura, de transporte de uso público y de telecomunicaciones, identificando las características comunes de dichos sistemas bajo los planteamientos sobre sistemas híbridos que combinan distintas modalidades regulatorias.

En tercer lugar, se describen las principales características de la regulación para la reasignación de gas natural como una regulación para la escasez, y se identifica el conjunto de modalidades regulatorias que se han combinado en su diseño. En función de ello, se analiza la aplicación e interpretaciones que se han dado sobre dicha regulación en casos concretos, identificando sus debilidades y explicando

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Regulación de Servicios Públicos de la London School of Economics and Political Science. Profesor de Facultades de Derecho y Programas de Post Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de la Universidad ESAN y de la Universidad de Piura. Socio de Lema, Solari & Santiváñez - Abogados.

** Abogada de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Adjunta de docencia de cursos de Derecho de la Competencia y de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada de Lema, Solari & Santiváñez - Abogados.

cómo la adecuada identificación de las modalidades de control que se han combinado en este sistema regulatorio permite una interpretación correcta y consistente con la finalidad de las normas.

II. REGULACIÓN: CONCEPCIONES, JUSTIFICACIONES Y TIPOS¹

2.1. Concepciones sobre la Regulación

En la actualidad existen diversas formas de entender y conceptualizar la regulación. Las concepciones clásicas identifican la regulación con la intervención del Estado para controlar el comportamiento de los sujetos, a través de sus distintos poderes e instancias y mediante los distintos instrumentos legales que les corresponden. Bajo esta perspectiva, la regulación está vinculada principalmente con el ejercicio del denominado *ius imperium* por parte del Estado y los mecanismos de control del comportamiento que no son consecuencia de la intervención del Estado sino de decisiones de particulares, como por ejemplo los acuerdos a través del derecho privado (contratos, derechos de propiedad, etc.), o las reglas definidas por asociaciones o grupos de sujetos para su propia actuación y funcionamiento (autorregulación), no se consideran estrictamente regulación².

También se encuentran concepciones más restringidas, que distinguen la regulación de mercados de la norma de protección de la competencia, señalando que la primera es una intervención *ex – ante* de las autoridades estatales para definir el comportamiento esperado de los sujetos y que sólo debe ser utilizada con carácter excepcional, mientras que la segunda constituye un mecanismo de intervención *ex – post* que, en principio, deja funcionar al mercado y sólo se aplica en casos específicos para sancionar determinados comportamientos no deseados³.

Más recientemente se han desarrollado concepciones de la regulación como un mecanismo de control del comportamiento que se caracteriza por estar compuesto por tres funciones típicas:

- (i) la creación de la regla que debe cumplirse, incluye el mecanismo a través del cual dicha regla es adoptada;
- (ii) el monitoreo de la regla, que involucra el proceso de recopilación de información para

supervisar cómo se está cumpliendo la regla; y,

- (iii) la modificación del comportamiento, que se traduce en el mecanismo utilizado para restablecer el cumplimiento de la regla en los casos de desvío que se identifican⁴.

Considerando lo anterior, se señala que las referidas funciones pueden ser ejercidas por uno solo o por varios sujetos o entidades dentro de un mismo sistema regulatorio y, además, que pueden ser canalizadas a través de distintos instrumentos regulatorios, dependiendo de la forma en que se diseñe el respectivo sistema. Así, bajo este tipo de concepciones, la regulación no tiene su única fuente en las normas legales emitidas por los distintos niveles del Estado, sino que también puede originarse en fuentes no estatales y, además, incluir combinaciones de instrumentos regulatorios estatales y no estatales, que dependiendo de las circunstancias y contextos en que se aplican producen mejores resultados que la regulación derivada de una sola fuente.

En el presente trabajo se utiliza esta última concepción de la regulación, al considerar que refleja de manera más apropiada las diversas formas de intervención regulatoria que se aplican en la actualidad.

2.2. Justificaciones para la Regulación⁵

El diseño de un sistema regulatorio debe tener como punto de partida la identificación de los motivos que justifican la intervención regulatoria. Sólo una vez que se ha identificado esta justificación, se pueden elegir los instrumentos regulatorios más adecuados

«La justificación para regular no es simplemente el problema que se busca solucionar, sino principalmente lo que motiva la decisión de crear un sistema regulatorio para resolver dicho problema».

1 Esta sección recoge los planteamientos desarrollados en extenso por Eduardo Quintana en un artículo de pronta publicación.

2 Ver por ejemplo OGUS, Anthony, "Estructuras e Instituciones Regulatorias"; en: Themis N° 54 (Agosto 2007), pp. 274-275.

3 Ver por ejemplo BULLARD, Alfredo. "Derecho y Economía". Lima, Palestra Editores. 2003. pp. 625-636.

4 Esta caracterización de elementos típicos de un sistema regulatorio se encuentra en obras tales como: BALDWIN, SCOTT y HOOD, "Reader on Regulation" (Oxford, Oxford University Press, 1998), pp. 2-4; y, HOOD, ROTHSTEIN y BALDWIN, "The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes" (Oxford, Oxford University Press, 2001), pp. 21-27.

5 Esta sección se sustenta en lo planteado por BREYER, Stephen, "Regulation and its Reform" (Estados Unidos de América, Harvard University Press, 1982), pp. 15-35; BREYER, Stephen, "Analizando el Fracaso en la Regulación: Sobre Malas Combinaciones, Alternativas Menos Restrictivas y Reforma"; en: Themis N° 52 (Agosto 2006), pp. 10-14; y, OGUS, Anthony, "Regulation: Legal Form and Economic Theory" (Gran Bretaña, Hart Publishing, 2004), pp. 29-54.

y combinarlos de forma conveniente para resolver el problema que se enfrenta. La justificación para regular no es simplemente el problema que se busca solucionar, sino principalmente lo que motiva la decisión de crear un sistema regulatorio para resolver dicho problema.

a) Justificaciones económicas

Las justificaciones para regular se relacionan muchas veces con las denominadas fallas de mercado, es decir, con situaciones en las que el mercado –como mecanismo de asignación de recursos a sus usos más eficientes- no funciona según lo esperado y produce resultados ineficientes. En estos casos de fallas de mercado se señala que las justificaciones de la regulación son económicas. Entre las fallas de mercado más conocidas se encuentran las siguientes:

- Falta de competencia, por monopolios naturales o restricciones significativas para el funcionamiento de un mercado competitivo.
- Información asimétrica entre proveedores y clientes, derivada de situaciones de riesgo moral o selección adversa, que afectan las relaciones entre ambos.
- Externalidades, que obligan a asumir costos ocasionados por actividades de terceros que no reflejan dichos costos en sus precios.
- Costos de transacción o coordinación, cuando es posible que el problema se solucione a través de acuerdos privados pero a un costo mucho mayor que si la solución viene dada a través de la intervención regulatoria externa.

b) Justificaciones no económicas

Sin perjuicio de lo anterior, también existen otras justificaciones no económicas para la intervención regulatoria. Este tipo de justificaciones son de diversa naturaleza e incluyen entre otras las siguientes:

- Equidad o justicia distributiva, cuando se considera que el mercado no va a producir una distribución justa o equitativa de los recursos y se prefiere la intervención regulatoria para lograr tal distribución.
- Paternalismo, cuando se asume que pese a contar con información adecuada los sujetos no estarán en capacidad de decidir lo que más conviene a sus intereses o, cuando no se confía en que vayan a actuar acorde con ello y, por

ello, se considera más conveniente regular para salvaguardar los intereses de los individuos.

- Control de rentas, cuando de manera inesperada se empieza a obtener rentas elevadas sin que ello responda a una mayor eficiencia o a méritos especiales, por lo cual se decide intervenir regulatoriamente para transferir parte de esas rentas a la sociedad.
- Escasez, cuando por determinadas circunstancias la oferta es insuficiente para cubrir la demanda en términos eficientes y se considera mejor asignar los recursos existentes a través de la intervención regulatoria.

Bajo las concepciones clásicas o restringidas sobre la regulación, cuando existen remedios privados para enfrentar el problema en cuestión (como la asignación de derechos de propiedad para internalizar externalidades o arreglos contractuales para enfrentar la información asimétrica), tales remedios deben ser preferidos frente a la regulación, porque los directamente afectados pueden resolver el problema sin los costos de la intervención regulatoria del Estado.

No obstante, bajo las concepciones más modernas de la regulación, tanto los remedios privados como la intervención del Estado forman parte del conjunto de manifestaciones que puede adoptar la regulación. Por ende, las distintas justificaciones antes señaladas pueden dar lugar a sistemas regulatorios donde se combinen de manera efectiva mecanismos de control estatal y remedios privados, sin que ello determine que la referida combinación deje de tener el carácter de regulación, tal como se explicará más adelante.

2.3. Tipos de Regulación

2.3.1. Clasificación Tradicional: Regulación Económica y Social⁶

La clasificación más conocida de los distintos instrumentos regulatorios –que se sustenta en una concepción tradicional de la regulación- los agrupa en regulación económica y regulación social. Según esta clasificación la regulación económica tiene por finalidad enfrentar fallas de mercado relacionadas con la falta de competencia, mientras que la regulación social se aplica frente a las otras fallas de mercado, como costos de transacción, externalidades e información asimétrica.

a) Regulación Económica

Como se ha señalado, la regulación económica se distingue principalmente por estar destinada a

⁶ Ideas tomadas de BREYER, "Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma". En: THEMIS 52. 2006. Op. Cit., pp. 14-28; OGUS, "Estructuras e Instituciones Regulatorias". Op. Cit., pp. 275-280 En: THEMIS 54. 2007.; y, VISCUSI, VERNON y HARRINGTON, "Economics of Regulation and Antitrust", segunda edición (Massachusetts, The MIT Press, 1997), pp. 307-311.

enfrentar la falta de competencia. Así, en situaciones de monopolio natural, los instrumentos de regulación económica pueden tratar de simular resultados equivalentes a los que produciría el mercado. De igual modo, ante limitadas condiciones de competencia, la regulación económica puede promover la entrada de nuevas empresas al mercado para impulsar una mayor rivalidad. Entre los principales instrumentos de regulación económica se encuentran los siguientes:

Normas de protección de la competencia. Dirigidas a evitar el ejercicio indebido de poder de mercado sustantivo que no puede solucionarse a través del propio mercado. Usualmente a través de prohibiciones de actos de abuso de posición de dominio o de acuerdos y concertaciones entre competidores, que perjudican el proceso competitivo⁷.

Propiedad pública. Intervención directa del Estado en la economía como una entidad de producción de bienes o prestación de servicios. A través de la entrada del Estado al mercado se busca disciplinar a las empresas existentes y que la empresa del Estado sea quien defina las condiciones estándares de precios, calidad, etc.

Regulación de calidad y precio. Cuando las condiciones de mercado no permiten que las condiciones de venta se fijen a través de las reglas de oferta y demanda, como sucede típicamente cuando existe un monopolio natural o un monopolio legal. La intervención regulatoria busca asemejar los resultados que produciría un mercado en competencia.

Concursos competitivos. Dado que no es posible generar competencia entre varias empresas, se opta por llevar a cabo concursos o procesos de selección para que los postores planteen su oferta de condiciones de precios, calidad, expansión, entre otros, para lograr el derecho de explotación exclusiva de una determinada infraestructura o servicio. Con ello se promueve la denominada competencia por el mercado.

b) Regulación Social

La regulación social también se sustenta en justificaciones económicas, pero no vinculadas a problemas de falta de competencia sino a otras fallas de mercado, tales como las externalidades creadas por el daño al medio ambiente o la información asimétrica que afecta las decisiones de consumo. Frente a ello, la regulación social permite establecer, por ejemplo, normas para la protección del medio ambiente o sobre salud y seguridad (por ejemplo

en ambientes laborales u otros), así como normas de protección al consumidor. Entre los principales instrumentos de regulación social se encuentran los siguientes:

Aprobación previa: en determinadas actividades se considera que es necesario obtener una habilitación del Estado antes de entrar y operar en el mercado. Esto se logra a través de un proceso de autorización en el que se verifica el cumplimiento de determinados requisitos vinculados con las capacidades o experiencia del interesado. Esta autorización previa tiene plena justificación cuando las consecuencias de operar sin que se haya verificado dichas capacidades o experiencia pueden ser catastróficas o si existe gran aversión social frente a la actividad en cuestión; y cuando es muy difícil establecer a priori un estándar general de cumplimiento simple y comprensible, siendo preferible otorgar licencias específicas en las que se establezcan las condiciones de operación correspondientes a cada caso.

Estándares: reglas de carácter general a las que se somete todo sujeto que decide participar en una determinada actividad, con lo cual puede ingresar al mercado sin necesidad de obtener una autorización previa, pero sujetándose a dichos estándares. El cumplimiento se supervisa *ex - post*. Los estándares pueden ser de desempeño, cuando la regla sólo define el objetivo que debe cumplir todo operador en el punto de entrega del bien que ofrece, o de especificación, cuando la regla define el método que debe utilizar todo operador para funcionar en el mercado.

Provisión de información: obligaciones impuestas a los proveedores para que entreguen información detallada o suficiente sobre los bienes que ofrecen –por ejemplo sobre condiciones de calidad y seguridad- para que los compradores puedan elegir adecuadamente lo que requieren, considerando los riesgos, daños y costos involucrados.

Instrumentos económicos: establecimiento de incentivos –como sistemas de premios y/o castigos- para evitar o promover determinados comportamientos, sin impedir los comportamientos deseados. Los incentivos se aplican en función de la frecuencia del comportamiento regulado y de las características propias de los agentes regulados.

Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que los instrumentos de regulación económica y social descritos no se sustentan únicamente en justificaciones económicas, sino que también pueden sustentarse

7 A diferencia de las concepciones restringidas sobre la regulación, que la distinguen de las normas de protección de la competencia simplemente en función de que estas involucran una intervención *ex - post*, bajo esta clasificación tradicional de instrumentos regulatorios las normas de protección de la competencia también constituyen regulación. Considerar las normas de protección de la competencia como regulación es correcto, ya que emanan del Estado y son aplicadas por entes del Estado (las denominadas agencias de competencia), siendo irrelevante para tales efectos la etapa en que intervienen.

en justificaciones no económicas y funcionar adecuadamente según el contexto de que se trate.

Así, por ejemplo, la regulación del precio de un servicio que incluye subsidios cruzados entre los distintos grupos de usuarios de ese servicio, puede responder a una justificación de equidad o justicia distributiva para que el servicio esté disponible para todos independientemente de su capacidad de pago, y no sólo a las características de monopolio natural que puede tener el servicio. Igualmente, la obligación de colocar en las cajetillas de cigarrillos mensajes o incluso fotografías sobre los daños a la salud que puede ocasionar su consumo, puede responder a una justificación de paternalismo, de modo que los individuos tengan más conciencia del daño que se pueden ocasionar y no sólo para controlar las externalidades generadas por el uso de cigarrillos en lugares públicos.

2.3.2. Nueva Clasificación: Sistemas de Control Puros e Híbridos

Como alternativa y complemento de la clasificación tradicional de instrumentos regulatorios antes comentada, se ha desarrollado nuevas clasificaciones que buscan reflejar el complejo diseño de los sistemas regulatorios actuales. Como se sabe, en la actualidad el Estado ha dejado de ser proveedor de bienes y servicios en el mercado y se ha convertido en un Estado principalmente regulador. El Estado regulador no se limita a ejercer facultades de *ius imperium*, sino que a la hora de regular se apoya también –y continuamente– en formas de control del comportamiento privadas o incluso en mecanismos y dispositivos materiales de control. Adicionalmente, la regulación ya no se origina únicamente en el Estado, sino que combina la participación de fuentes de regulación no estatales e incluso se deriva de dispositivos que no requieren de intervención humana directa.

Son varios los marcos conceptuales que se han desarrollado para recoger toda la complejidad de los sistemas regulatorios en una clasificación que considere las distintas variables que componen dichos sistemas⁸. En el presente trabajo se utiliza la clasificación que se considera más comprensiva y acorde con el diseño de los sistemas regulatorios actuales⁹.

«La industria del gas natural en el Perú incluye cuatro etapas productivas o de servicios que son la exploración, la explotación, el transporte y la distribución».

Esta nueva clasificación parte de considerar que todo sistema regulatorio está compuesto por las tres funciones típicas descritas en secciones previas, esto es, la creación de reglas, el monitoreo de su cumplimiento y la modificación del comportamiento en caso de incumplimiento. Asimismo, considera que dichas funciones pueden ser canalizadas a través de distintas modalidades de regulación y, además, pueden ser ejercidas por uno o por varios sujetos o entidades dentro de un mismo sistema regulatorio.

Dichas modalidades de regulación se clasifican en cuatro modelos de control puros dentro de los cuales las tres funciones regulatorias se manifiestan a través de una sola modalidad de regulación. Asimismo, también se clasifican varios modelos de control híbridos, que resultan de la combinación de las modalidades puras, es decir, sistemas en los que las funciones regulatorias se manifiestan a través de distintas modalidades de regulación. Las cuatro modalidades puras de regulación son las siguientes:

a) Control jerárquico

En este caso, las funciones del sistema regulatorio se ejercen verticalmente a través de mecanismos de control jerárquico. El supuesto típico de un sistema jerárquico puro es aquel en que las tres funciones regulatorias son ejercidas por una o varias entidades del Estado, a través de sus potestades de *ius imperium*. No obstante, la riqueza de la concepción del control jerárquico se enfoca más en la forma del control que se ejerce, y menos en la fuente que lo origina¹⁰. En tal sentido, lo que caracteriza el control jerárquico no es quien lo produce sino que

8 Un ejemplo del esfuerzo desplegado para desarrollar este tipo de clasificaciones se encuentra en LESSIG, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace* (New York, Basic Books, 1999), pp. 235-239. Este conocido académico planteó una interesante y novedosa clasificación para analizar el funcionamiento de la regulación en el campo de la Internet. Según LESSIG, la principal función de la regulación es controlar el comportamiento, por lo que existen cuatro modalidades de regulación en función de la fuente que origina el referido control: (i) la ley, que limita el comportamiento a través de la amenaza de sanción; (ii) las normas sociales, que constriñen mediante sanciones sociales como la crítica y el ostracismo; (iii) el mercado, que limita a través de los precios y otras señales relacionadas con precios; y (iv) la arquitectura, que constriñe a través de dispositivos físicos, como por ejemplo los mecanismos de seguridad implementados para controlar el acceso y copia de determinados programas en Internet.

9 Mayor desarrollo de esta clasificación puede encontrarse en SCOTT, Colin, "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors"; en: "European Law Journal", Vol. 6 N° 4 (Diciembre 2000), pp. 316-322; y en MURRAY, A. y SCOTT, C., *Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power*; en: "The Modern Law Review", Vol. 65 N° 4 (Julio 2002), pp. 500-512.

10 MURRAY y SCOTT. "Controlling the New Media(...)", Op. Cit., p. 502.

venga dado verticalmente, es decir, desde instancias superiores hacia los regulados. Tales instancias superiores no necesariamente tienen que ser entes del Estado, sino entes que tengan la legitimidad necesaria para imponer el control de modo jerárquico. Considérese, por ejemplo, a las empresas certificadoras de la calidad en sistemas tipo ISO, las clasificadoras de riesgos que determinan el grado de inversión de los países, o las entidades que asignan los nombres de dominio en la Internet (como el caso de la denominada ICANN por su nombre en inglés *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). Estas entidades tienen la legitimidad necesaria en sus respectivos campos para establecer las reglas y verificar su cumplimiento.

b) Control vía Competencia

El mercado, o la potencialidad de competencia si no existe un mercado propiamente dicho, determinan reglas de desempeño, ya sea en términos agregados a través de la confluencia de oferta y demanda (que determina las señales de precios y otras condiciones comerciales) o en términos más concretos mediante arreglos de derecho privado (acuerdos contractuales o reglas de propiedad) que permiten establecer condiciones específicas para las relaciones individuales entre las partes. La supervisión del cumplimiento se realiza a través del mercado (flujos de información existentes) o por arreglos privados (mecanismos contractuales de monitoreo mutuo). Finalmente, la modificación del comportamiento por desvíos se manifiesta en términos agregados vía el mercado si los compradores optan por trasladar su demanda a otros proveedores, o mediante acuerdos privados como los que contemplan penalidades o mecanismos similares.

c) Control Comunitario

Entre los modelos jerárquicos y de competencia se encuentran los modelos de control comunitario. En este caso las asociaciones o agrupaciones de sujetos, empresas o entidades son las que definen las reglas aplicables al funcionamiento de la agrupación o al desempeño de sus miembros, a través de mecanismos representativos o de naturaleza similar. La supervisión del cumplimiento de las reglas se realiza entre pares a través de mecanismos comunitarios. Finalmente, la modificación del comportamiento en casos de desvío se manifiesta a través de sanciones sociales como la desaprobación o incluso la exclusión del grupo. Los sistemas de autorregulación son ejemplo típico de este modelo de regulación. El elemento característico de un sistema comunitario estará dado por el carácter colectivo del control, que

trasciende el acuerdo entre dos o más sujetos para regir su comportamiento en una relación individual, para convertirse en la fórmula general de desempeño de una determinada comunidad.

d) Control por Diseño

En este caso, la regla, los mecanismos de supervisión, y la modificación del comportamiento se produce a través de dispositivos que, en principio, no requieren del soporte de otros medios de control. El propio dispositivo determina la regla de acción y la supervisión o el control de desvíos es auto ejecutable, sin que sea necesaria intervención humana o de otro tipo para hacer exigible la regla. Un ejemplo del control por diseño serían los dispositivos de seguridad o bloqueo para impedir el parqueo de autos en determinada zona. Una vez colocado el dispositivo de bloqueo, la regla es que nadie puede estacionarse en ese lugar. Adicionalmente, la colocación del dispositivo determina su cumplimiento, por lo que no se requiere mayor supervisión. Finalmente, el control de desvíos se verifica cuidando que el dispositivo se mantenga en correcto funcionamiento y reinstalándolo en condiciones operativas si hubiera sido dañado.

Es importante resaltar que la existencia de modelos de control puros no implica necesariamente que los sistemas regulatorios que responden a esos modelos sean los más comunes ni tampoco los más eficaces. Más bien, la existencia de los modelos puros permite identificar y analizar cómo los sistemas regulatorios actuales suelen combinar las modalidades de regulación para dar lugar a sistemas regulatorios híbridos. Tal como se ha señalado, los sistemas regulatorios híbridos resultan de la combinación de los sistemas puros¹¹. Sólo a manera de ejemplo y para los efectos del presente trabajo se pueden mencionar algunos casos de modelos híbridos.

Un sistema jerárquico y de competencia es el que se presenta cuando se permite que los operadores de telecomunicaciones se pongan de acuerdo sobre las condiciones de su relación de interconexión dentro de un plazo determinado. Si dentro de ese plazo no llegan a un acuerdo, cualquiera de los operadores involucrados puede requerir al regulador que establezca las condiciones de la interconexión directamente y con carácter mandatario para las partes. De este modo, este sistema privilegia en primer lugar los mecanismos de competencia o mercado (el acuerdo privado) y, sólo en ausencia del mismo, se apoya en una intervención jerárquica (la decisión obligatoria del regulador)¹².

11 Si se asumiera que las tres funciones de un sistema regulatorio pueden ser canalizadas a través de una sola modalidad de regulación (sistemas puros completamente), y luego se agregan los sistemas en que las funciones se canalizan a través de distintas modalidades de regulación (sistemas híbridos), se podrían obtener hasta quince sistemas regulatorios. Es decir, cuatro sistemas puros, seis sistemas que combinan dos modalidades, cuatro sistemas que combinan tres modalidades, y un sistema que combina las cuatro modalidades de regulación.

12 SCOTT, "Services of General Interest (...)", Op. Cit., p. 321. Este sistema jerárquico y de competencia es el que se contempla

La denominada autorregulación regulada es un ejemplo de sistema jerárquico y comunitario, puesto que una agrupación elabora sus reglas, luego éstas son aprobadas por el Estado, y además el Estado implementa los mecanismos de control de desvíos en que incurren los integrantes de dicha agrupación. Bajo este esquema, el control comunitario tiene un rol determinante en la elaboración de las reglas, aunque la intervención jerárquica también está presente en la aprobación de tales reglas así como en la administración de los mecanismos de modificación del comportamiento¹³.

Los elementos de un sistema jerárquico y de diseño se encuentran presentes en casos en que el marco legal determina que la regla o el mecanismo de supervisión se soporte en un dispositivo de diseño. Un ejemplo de lo primero son las normas de tránsito que definen varias reglas a través de dispositivos como las señales de tránsito o los semáforos que se colocan en las vías públicas y que en el tiempo terminan convirtiéndose en la regla misma. Un ejemplo de lo segundo se presenta en los casos de las normas tributarias, en que la supervisión se sustenta en la fiscalización aleatoria entre los contribuyentes, a fin de reducir la posibilidad de que éstos aprovechen un sistema de supervisión del cumplimiento totalmente predecible¹⁴.

Un sistema jerárquico, de competencia y comunitario existe en los casos de varias agrupaciones autorreguladoras que son supervisadas por el Estado en algunos aspectos y además compiten para atraer afiliados en función de las reglas que cada una de ellas aplica. En este caso, existe una combinación de elementos comunitarios en la creación de las reglas, también cierta medida de intervención jerárquica en materia de supervisión y, además, elementos de control vía competencia en cuanto a la afiliación de nuevos miembros¹⁵.

Como puede observarse de lo anterior, la virtud de esta nueva clasificación es que abarca y permite explicar mucho mejor las complejas combinaciones de instrumentos regulatorios de diversas fuentes

que se emplean con regularidad o que surgen espontáneamente en determinados contextos. En el presente trabajo se utiliza esta clasificación porque comprende mejor la naturaleza de los sistemas regulatorios en general y de la regulación para la escasez que se analiza en particular.

III. REGULACIÓN POR ESCASEZ

Como ya se ha señalado, situaciones de escasez pueden ser motivo de la regulación. La escasez puede deberse a razones coyunturales o por la configuración estructural de las industrias, que conllevan restricciones en la oferta de determinados bienes que no son fácilmente sustituibles por quienes los utilizan regularmente; es decir, bienes para los que existe una demanda inelástica.

En estas situaciones de escasez se podría dejar simplemente que funcione el mecanismo de mercado, es decir, que ante la menor oferta se incremente el precio y el bien se encuentre disponible solamente para aquellos en capacidad de pagar ese mayor precio.

No obstante, en determinados casos se considera que es conveniente definir reglas adicionales para el funcionamiento más efectivo de los mecanismos de mercado, por ejemplo, cuando las características de los bienes impiden su utilización simultánea o concurrente por diversos sujetos que lo requieren, como consecuencia de limitaciones de espacio o condiciones técnicas. En tales casos se requiere un mecanismo que permita definir la titularidad de derechos de uso de ese bien.

En otros casos, se puede considerar que el resultado que produce el mercado (que en términos económicos sería eficiente), no es aceptable en términos de equidad porque con la solución de mercado parte de la demanda queda desabastecida de un bien sin sustitutos, o sino por razones de seguridad debido a que el desabastecimiento de los bienes podría ocasionar agitación social. En estos casos se puede decidir dejar de lado la solución de mercado

también en el caso del sector de telecomunicaciones peruano, a través de lo que se denomina negociación supervisada de las condiciones de interconexión.

13 SCOTT, "Services of General Interest (...)", Op. Cit., pp. 320-321. En el caso peruano un sistema de este tipo se ha implementado para el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (COES-SINAC). Según el marco legal, el COES es un ente conformado por las empresas y otros agentes del sector eléctrico (es decir, donde el Estado no participa directamente), que tiene facultades para establecer sus propias reglas para el despacho económico de la energía, reglas que luego son aprobadas por el regulador del sector, y que resultan de obligatorio cumplimiento para las empresas que conforman el COES; si los miembros no acatan las mencionadas reglas pueden ser sancionados por el regulador.

14 MURRAY y SCOTT, "Controlling the New Media(...)", Op. Cit., p. 503. El mecanismo de fiscalización posterior aleatoria se utiliza en el Perú no sólo en el sistema tributario, sino también en las normas sobre procedimientos administrativos de aprobación automática.

15 La coexistencia del Colegio de Abogados de Lima y del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima puede caracterizarse como un ejemplo del sistema jerárquico, de competencia y comunitario. Son dos gremios de profesionales que definen sus propias reglas de funcionamiento (control comunitario) y tienen el respaldo del Estado en ciertos aspectos de su funcionamiento como por ejemplo en cuanto a la habilitación legal para ejercer la profesión ante determinadas instancias del Estado como el Poder Judicial (control jerárquico) y, además, rivalizan en la misma jurisdicción por atraer a nuevos profesionales del Derecho en función a las reglas que aplican y prestaciones que ofrecen, por ejemplo tienen distintos requisitos de afiliación (control de competencia).

y optar por una solución regulatoria que permita el racionamiento en la provisión del bien¹⁶.

Los siguientes ejemplos son muestra de regulaciones por escasez que buscan definir la forma de asignación de derechos de uso sobre bienes de carácter escaso.

3.1. Regulación de facilidades esenciales en infraestructura de transporte

La regulación sobre acceso a facilidades esenciales en infraestructura de transporte de uso público por parte de empresas que requieren del uso de dichas facilidades para brindar sus servicios (por ejemplo, empresas de transporte aéreo o de transporte marítimo que requieren las facilidades de un aeropuerto o de un puerto, respectivamente), constituye una muestra de regulación por escasez derivada de la capacidad de la infraestructura.

El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público califica a las empresas titulares de la explotación de dicha infraestructura como Entidades Prestadoras¹⁷ y establece que cuando las empresas que utilizan tal infraestructura para brindar servicios (calificadas como Usuarios Intermedios¹⁸) van a prestar Servicios Esenciales¹⁹

tienen el derecho de acceder a las facilidades esenciales que existen en la infraestructura de transporte de uso público de titularidad de las Entidades Prestadoras²⁰.

Para tales efectos, se considera como facilidad esencial a toda aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público, o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones: (i) es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras; (ii) no es eficiente duplicarla o sustituirla; y, (iii) el acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros²¹.

El acceso de los Usuarios Intermedios a las facilidades esenciales administradas por las Entidades Prestadoras puede otorgarse a través de tres vías:

- Contrato de acceso acordado vía negociación directa;
- Contrato de acceso celebrado como consecuencia de una subasta convocada por la Entidad Prestadora; o,
- Mandato de acceso dictado por el regulador del sector²².

16 OGUS, "Regulation: Legal Form and Economic Theory", Op. Cit., pp. 42-43.

17 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 3°.- "Definiciones

(...)

k) Entidad Prestadora.

Son las empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sean empresas públicas o concesionarias, y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios relacionados a esta explotación. Para efectos del ejercicio de las funciones de supervisión de OSITRAN, se considerará también como Entidad Prestadora a aquella que realiza actividades de utilización total o parcial de infraestructura de transporte de uso público, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, de servicios, asistencia técnica, de gerencia o similares".

18 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 3°.- "Definiciones

(...)

x) Usuario intermedio

Es la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura de transporte de uso público para brindar servicios, de transporte o vinculados a esta actividad".

19 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 10°.- "Servicios Esenciales

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se consideran Servicios Esenciales a aquellos que cumplen con las siguientes condiciones:

a) Son necesarios para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.

b) Para ser provistos, requieren utilizar necesariamente una Facilidad Esencial".

20 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 7°.- "Concepto de Acceso.

Se entiende por Acceso, el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística. En tal virtud, el presente Reglamento regula el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios".

21 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 9°.- "Facilidad Esencial.

Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:

a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras;

b) No es eficiente ser duplicada o sustituida;

c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino".

22 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 19°.- "Formas de acceder a las Facilidades Esenciales.

Para tales efectos, el Usuario Intermedio que desee obtener el derecho de acceso, deberá presentar una solicitud de acceso a la Entidad Prestadora, quien deberá evaluarla y dar respuesta a la misma²³. Cuando la Entidad Prestadora declare procedente la solicitud de acceso, deberá publicar un aviso con el extracto de la misma y concederá un plazo para que cualquier interesado en contar con acceso a la misma infraestructura pueda presentar una solicitud señalando su interés por brindar el mismo Servicio Esencial. Concluido dicho plazo, la Entidad Prestadora determinará la disponibilidad de la infraestructura y el OSITRAN podrá revisar la sustentación respectiva; luego de ello, deberá notificar a los solicitantes la modalidad del procedimiento de acceso a la facilidad esencial²⁴.

El derecho de acceso se otorgará mediante negociación directa cuando la disponibilidad de infraestructura permita atender todas las solicitudes de acceso declaradas procedentes, o si el número de bases entregadas o vendidas en un procedimiento de subasta es menor o igual al número de espacios de que dispone la infraestructura. De otro lado, si la disponibilidad de la facilidad esencial no permite atender todas las solicitudes declaradas procedentes, el acceso se otorga a través de una subasta convocada por la Entidad Prestadora (salvo que el contrato de concesión respectivo hubiera previsto un mecanismo diferente). Finalmente, el regulador puede emitir un mandato de acceso, a solicitud del usuario, si habiéndose otorgado la buena pro en una subasta o luego de la negociación directa la Entidad Prestadora se niega a suscribir el contrato de acceso²⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que esta regulación de acceso a facilidades esenciales, que adquieren carácter escaso cuando se presenta una concurrencia de interesados que no pueden acceder simultáneamente al bien, responde a un sistema jerárquico y de competencia.

En efecto, el diseño regulatorio contempla dos instancias alternativas para que funcione un mecanismo de control por competencia. Primero, está la posibilidad de que luego de una negociación directa las partes suscriban un contrato de acceso para definir las reglas aplicables, si es que la facilidad esencial lo permite. En segundo lugar, el contrato de acceso puede suscribirse como consecuencia de una subasta, cuando la disponibilidad de la facilidad esencial es insuficiente para atender a todos los interesados en acceder a ella, es decir, cuando se produce la situación de escasez. En este último caso opera específicamente la regulación por escasez basada en el mercado, pues lo que determina quien tiene el derecho de acceder a la facilidad esencial es la mejor oferta en un proceso competitivo y no la decisión del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, el diseño regulatorio también contempla en parte el control jerárquico cuando establece que el Estado interviene para emitir un mandato de acceso si la Entidad Prestadora no permite que el mecanismo de mercado funcione.

3.2. Regulación del espectro radioeléctrico para comunicaciones

La regulación en materia de asignación y uso del espectro radioeléctrico por parte de empresas del

Las formas de acceder a las Facilidades Esenciales administradas por las Entidades Prestadoras, son las siguientes:

a) Mediante Contrato de Acceso celebrado como consecuencia de una negociación directa. El derecho de acceso se otorgará mediante negociación directa, cuando la disponibilidad de infraestructura permita atender todas las solicitudes de Acceso declaradas procedentes. Se procederá de igual manera, si el número de bases entregadas o vendidas en un procedimiento de subasta, es menor o igual al número de espacios de que dispone la infraestructura.

b) Mediante Contrato de Acceso celebrado como consecuencia de una subasta convocada por la Entidad Prestadora. El derecho de acceso se otorgará mediante el mecanismo de subasta si la disponibilidad de la Facilidad Esencial no permite atender todas las solicitudes declaradas procedentes, salvo que el contrato de concesión hubiera previsto un mecanismo diferente.

c) Mediante la emisión de un Mandato de Acceso que emita OSITRAN, en los supuestos a que se refiere el Artículo 44 en este Reglamento”.

23 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 54°.- “Plazo para responder a la Solicitud de Acceso.

La Entidad Prestadora contará con un plazo máximo de quince (15) días para evaluar la Solicitud de Acceso y dar respuesta a la misma. De no dar respuesta a la Solicitud de Acceso en el plazo señalado, se entenderá que la Entidad Prestadora considera que la solicitud es procedente”.

24 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

Artículo 58°.- “Notificación del mecanismo de Acceso.

Concluido el plazo para la presentación de nuevas solicitudes, la Entidad Prestadora cuenta con un plazo máximo de cinco (5) días para notificar a los solicitantes si el procedimiento de Acceso a la Facilidad Esencial se realizará mediante una negociación directa o subasta, según la disponibilidad de infraestructura y el número de solicitudes recibidas. En el caso de subastas, dicha comunicación deberá acreditar las razones y fundamentos por los que la Entidad Prestadora estima que no está en capacidad de atender todas las solicitudes de Acceso.

En el caso de negociación directa, la comunicación que establece el párrafo precedente señalará el lugar, fecha y hora de inicio de las negociaciones, el cual no podrá exceder el plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se realice la comunicación.

En el caso de subasta, la comunicación que establece el primer párrafo del presente artículo señalará la fecha de convocatoria, la que no excederá el plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha en que se realice la comunicación.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto está sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones”.

25 Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN

sector telecomunicaciones es otro ejemplo de regulación asociada con la escasez. En este caso, la escasez se deriva de las características técnicas y de espacio que presenta el espectro radioeléctrico.

De acuerdo con el marco legal peruano, el espectro radioeléctrico es el medio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Está calificado como un recurso natural de carácter limitado. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones se encarga de la administración, atribución, asignación y control del espectro de frecuencias radioeléctricas²⁶.

Los servicios públicos de telecomunicaciones que emplean estaciones radioeléctricas, tienen bandas de frecuencias específicas atribuidas en el Plan Nacional de Asignación de Frecuencias (en adelante PNAF)²⁷. El PNAF es el documento técnico normativo emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que contiene los cuadros de atribución de frecuencias y la clasificación de usos del espectro radioeléctrico, así como las normas técnicas generales para la utilización del espectro radioeléctrico. La atribución de bandas de frecuencias específicas para dichos servicios tiene por finalidad asegurar su operatividad, minimizar la probabilidad de interferencias perjudiciales y permitir la coexistencia de servicios dentro de una misma banda de frecuencias, cuando sea el caso²⁸.

Los servicios de telecomunicaciones que requieren utilizar el espectro son diversos. Entre ellos se puede mencionar la telefonía móvil y la telefonía fija inalámbrica, el servicio de televisión satelital, el servicio de Internet móvil, los servicios móviles por satélite (por ejemplo aquellos utilizados para rastrear unidades de transporte o buques que pertenecen a una flota). Adicionalmente, también utilizan espectro los servicios de radio (estaciones de radio) y televisión de señal abierta (televisión no paga).

En otras palabras, el espectro radioeléctrico es un medio intangible que permite trasladar señales de comunicaciones (voz, imágenes y datos) sin necesidad de una red fija (pares de cobre, fibra óptica, etc.). Dado que se trata de un medio no físico, en principio si es que no se distribuye adecuadamente su uso, las señales de comunicaciones que se transportan podrían interferirse entre sí, degradando la calidad de la comunicación o simplemente haciéndola inviable. Además, como todo espacio para transporte, tiene capacidad limitada. En virtud de lo anterior, si bien pueden existir múltiples operadores de servicios interesados en acceder y utilizar el espectro, ello no siempre es posible por los riesgos de interferencia existentes. Consecuentemente, el espectro califica como recurso escaso en contextos de concurrencia de interesados.

Por ello, el Estado se reserva la potestad de otorgar el derecho de uso del espectro, primero atribuyendo determinada sección del espectro (banda) para la prestación de un tipo de servicio, y luego asignando porciones de dicha banda (frecuencias) a través de concurso a los operadores interesados en brindar ese servicio.

En efecto, según lo dispuesto por el marco legal, las concesiones, así como la asignación de espectro que corresponda, se otorgarán mediante: (i) solicitud de parte o (ii) mediante concurso público de ofertas²⁹. El concurso público de ofertas para el otorgamiento de la concesión, así como de las asignaciones de espectro que correspondan, es obligatorio en los siguientes supuestos:

- En una determinada localidad o área de servicio, exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias disponible, para la prestación de un determinado servicio público de telecomunicaciones.
- Se señale en el PNAF.

Artículo 44°.- "Casos de emisión de un Mandato de Acceso.

El Consejo Directivo de OSITRAN está facultado a emitir Mandatos de Acceso, a solicitud del usuario intermedio, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las partes no han llegado a ponerse de acuerdo sobre los cargos o condiciones en el Contrato de Acceso, en los plazos y formas establecidas.
- b) En los casos en que, habiéndose otorgado la buena pro en la subasta, o culminada la negociación directa, la Entidad Prestadora se negara a suscribir el Contrato de Acceso".

26 TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

Artículo 199°.- "Definición. Espectro radioeléctrico es el medio por el cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial. Constituye un recurso natural limitado que forma parte del patrimonio de la nación. Corresponde al Ministerio la administración, la atribución, la asignación y el control del espectro de frecuencias radioeléctricas y, en general, cuanto concierne al espectro radioeléctrico".

27 Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

Artículo 209°.- "Bandas para servicios públicos

Los servicios públicos de telecomunicaciones que emplean estaciones radioeléctricas, tienen bandas de frecuencias específicas atribuidas en el PNAF".

28 El PNAF ha sido aprobado a través de la Resolución Ministerial N° 187-2005-MTC-03.

29 Decreto Supremo N° 02-2007-MTC

Artículo 121°.- "Régimen de concesión. Los servicios portadores, finales y de difusión de carácter público, se prestan bajo el régimen de concesión, la cual se otorga previo cumplimiento de los requisitos y trámites que establecen la Ley y el Reglamento y se perfecciona por contrato escrito aprobado por el Titular del Ministerio".

Artículo 122°.- "Mecanismos para el otorgamiento de concesión y asignación de espectro radioeléctrico. Las concesiones, así como la asignación de espectro que corresponda, se otorgarán a solicitud de parte o mediante concurso público de ofertas".

- Se restrinja el número de concesionarios de un determinado servicio público debido a restricciones técnicas basadas en recursos escasos³⁰.

Así, se ha establecido que la asignación de espectro para brindar servicios públicos de telecomunicaciones en Lima y Callao debe realizarse necesariamente por concurso público de ofertas. Además, se ha dispuesto que en caso de restricciones a la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias fuera de Lima y Callao se debe realizar un concurso para asignar las frecuencias³¹. De modo similar, la asignación de espectro para prestar servicios de telefonía e Internet móvil se ha llevado a cabo a través de concursos administrados por la Agencia de Promoción de la Inversión – PROINVERSIÓN. Por el contrario, en el caso de los servicios móviles por satélite, las mismas frecuencias de espectro se han asignado directamente y sin necesidad de concurso a varios operadores, dadas las características técnicas de estos servicios que no generan riesgo de interferencia entre las señales transmitidas.

Según se observa de lo anterior, la regulación de la escasez en este caso también responde a un sistema jerárquico y de competencia, en tanto que involucra la intervención del Estado a través de la asignación del derecho de uso de las frecuencias de espectro a determinados operadores (control jerárquico), pero apoyada en un mecanismo de concurso público de ofertas entre los interesados, en el que es la mejor oferta, y no la decisión del Estado, la que determina quien es el ganador del derecho de uso del espectro (control de competencia).

IV. REGULACIÓN PARA LA ESCASEZ EN EL MERCADO DE GAS NATURAL

La regulación para la redistribución de gas natural utilizado para la generación de electricidad es un interesante caso de regulación para la escasez. Como se sabe, dentro de los combustibles utilizados para la generación de energía eléctrica se encuentra

«El diseño de la regulación para la escasez de suministro o transporte de gas natural responde a un sistema de control jerárquico, de competencia y comunitario, siendo el criterio establecido para la reasignación de gas uno de eficiencia en la producción de electricidad».

el gas natural. Dadas las situaciones de restricción de suministro y de congestión de capacidad de transporte de gas natural que se han presentado, se dictaron varias normas para la asignación del gas natural existente. Estas normas y la aplicación que se ha hecho de las mismas, demuestran cómo funciona un sistema de regulación para la escasez y las complicaciones que pueden presentarse como consecuencia de su interpretación.

4.1. Escasez de capacidad de transporte y de suministro de gas natural

La industria del gas natural en el Perú incluye cuatro etapas productivas o de servicios que son la exploración, la explotación, el transporte y la distribución. La exploración es el conjunto de actividades de prueba destinadas a identificar si existen reservas de gas en los yacimientos. La explotación de gas supone la extracción de las reservas probadas de gas, su procesamiento cuando se requiere separarlo de los líquidos de gas natural u otros combustibles, así como su comercialización. El

30 Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

Artículo 123°.- "Concurso público. El otorgamiento de la concesión, así como las asignaciones de espectro que correspondan, se efectuarán obligatoriamente por concurso público de ofertas cuando:

1. En una determinada localidad o área de servicio, exista restricción en la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias disponible, para la prestación de un determinado servicio público de telecomunicaciones.

2. Se señale en el PNAF.

3. Se restrinja el número de concesionarios de un determinado servicio público al amparo del artículo 70° de la Ley debido a restricciones técnicas basadas en recursos escasos".

TUO de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC

Artículo 70°.- "Por Decreto Supremo se podrá restringir el número de concesionarios de un determinado servicio. Las restricciones adoptadas pueden incorporarse en los contratos de concesión. En los casos antes referidos será obligatorio el otorgamiento de las concesiones por el mecanismo de concurso público".

31 Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

Artículo 203°.- "La asignación del espectro radioeléctrico en las bandas identificadas para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y atribuidas a título primario, se realizará mediante concurso en el Provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao. Para tal efecto el Ministerio emitirá los dispositivos correspondientes. Esta disposición no aplica a las asignaciones ya efectuadas en las referidas bandas, durante la vigencia de sus contratos ni para los radioenlaces digitales para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones en las bandas atribuidas como tales en el PNAF. El Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF) se adecuará a lo dispuesto en el presente artículo. En caso de restricciones a la disponibilidad de frecuencias o banda de frecuencias fuera de la Provincia de Lima y en la Provincia Constitucional del Callao, se seguirá lo establecido en el artículo 123°".

transporte del gas de la zona de extracción hacia los centros de consumo se realiza a través de una red de ductos de alta presión, para lo cual el gas debe ser comprimido previamente. Finalmente, la distribución se realiza a través de una red de tuberías para suministrar gas a generadores de electricidad, consumidores industriales, y clientes comerciales y domésticos ubicados dentro de una zona geográfica determinada, una vez que el gas ha sido recibido en el punto de conexión con la red de transporte y descomprimido.

Existen tres polos de desarrollo de la industria del gas natural en el Perú. El primero se encuentra en la costa norte, el segundo en la cuenca del río Ucayali en la selva central, y el tercero en la provincia de la Convención del Cuzco, también en la selva central. De estas tres fuentes de producción de gas, la más representativa es la última.

El gas de Camisea se encuentra en la provincia de la Convención, en Cusco. La licencia definitiva para su explotación fue entregada en el año 2000 al Consorcio Camisea. Una vez extraído el gas se traslada por una red de captación hacia la planta de separación de Malvinas (Cuzco), ubicada a 80 Km. del yacimiento, en la cual se realiza la separación primaria de los condensados del gas natural. Luego el gas seco y los líquidos de gas natural se envían a una planta compresora desde la cual se inyectan a la red de transporte de Transportadora de Gas del Perú (TGP).

La red de transporte de TGP está compuesta por dos ductos paralelos, uno para gas seco (729 Km.) y otro para líquidos de gas natural (557 Km.), que van desde la planta Malvinas hasta el punto de derivación en Pampa Río Seco (cerca de Humay en Ica). De allí el ducto de gas seco se bifurca hacia el norte hasta llegar al *City Gate* de Lima (ubicado en Lurín), y el ducto de líquidos continúa su trayecto hasta la planta de fraccionamiento del Consorcio Camisea ubicada en la Playa Lobería (Pisco), donde se producen otros combustibles y se almacenan para su venta en el mercado local o para la exportación.

La red de distribución de gas seco corresponde a Gas Natural de Lima y Callao (Cálidda) y se compone de una red de ductos troncales de alta presión (aproximadamente 85 Km.) que se inician en el *City Gate* de Lurín, atraviesan la ciudad de Lima y llegan a la estación terminal en Ventanilla (Ca-

lao), a través de la cual se atiende principalmente a generadoras eléctricas y clientes industriales. La distribución también incluye una red de ductos (11 ramales de aproximadamente 372 Km.) de media y baja presión para conectar a nuevos consumidores del gas natural (clientes industriales, estaciones de gas natural vehicular, clientes comerciales y residenciales)³².

La energía eléctrica puede producirse a través de distintos medios dependiendo de la fuente generadora de energía. Así, la generación eléctrica puede ser hidráulica cuando la energía se produce con la fuerza del agua, térmica cuando se produce con combustibles (carbón, diesel, gas natural, etc.), eólica cuando se produce con la fuerza del viento, etc.

La distribución de la matriz energética para la generación de electricidad ha variado significativamente en los últimos años, como consecuencia de una política del Estado destinada a incentivar dicho cambio; en particular promoviendo el uso del gas natural para la generación de energía. Dicha política tuvo como principal objetivo reducir la dependencia de las importaciones de diesel y promover fuentes de energía existentes en el país, entre las que destaca el gas natural. Para ello se dictaron diversas medidas normativas destinadas a promover el desarrollo de la industria del gas natural, buscando entre otras cosas hacer más atractivo invertir en proyectos de generación de electricidad con gas natural. Esta política ha sido bastante efectiva en tanto que según fuentes oficiales la utilización del gas natural para la generación de electricidad se ha incrementado en un 577.3% entre el año 2002 y el año 2008³³.

La mayoría de las centrales de generación de electricidad que emplean gas natural se han instalado en el centro del país, principalmente en la región Lima. Dados los elevados de costos de inversión en una red de transporte de gas, la generación concentrada en Lima es dependiente de la capacidad de transporte de gas de TGP, por ser la única vía para asegurar el suministro de gas hasta Lima.

Como consecuencia del gran crecimiento de la demanda de gas de Camisea, determinado en gran medida por los crecientes requerimientos de las centrales de generación, la red de transporte de TGP viene operando a su máxima capacidad en el tramo Humay – Lurín. Producto de ello, en mayo de 2008

32 Esta breve descripción de la organización de la industria de gas en el Perú se basa en los siguientes documentos: APOYO ASOCIADOS – FITCH RATINGS, "Análisis de Riesgo de Bonos Corporativos de PLUSPETROL Camisea S.A." (mayo 2008); ESAN, "Informe Final de la Consultoría para Determinar la Complejidad y Prospectiva del Gas Natural: Estudio de Escenarios" (2007); OSINERGMIN – Oficina de Estudios Económicos, "La Industria de Gas Natural en el Perú", Documento de Trabajo N° 1 (agosto 2004).

33 Según los Anuarios Estadísticos publicados por el Ministerio de Energía y Minas en el año 2002 se utilizaron 364.8 millones de metros cúbicos de gas natural para la generación de energía eléctrica, mientras que en el año 2008 la cifra de gas natural utilizada para generación de electricidad ascendió a 2,470.7 millones de metros cúbicos.

TGP comunicó al COES la existencia de restricción en la capacidad de transporte del gas. TGP también informó que estaba adoptando medidas para incrementar la capacidad del gasoducto, estimando que dicha capacidad adicional se encontraría disponible en el cuarto trimestre del 2009.

Asimismo, TGP comunicó a las centrales de generación la reducción del gas disponible para cada una, lo cual ha resultado en cortes parciales de suministro para las generadoras, con la consecuente imposibilidad de producir energía y ser despachadas por el COES. A raíz de ello se empezaron a producir racionamientos de energía según lo dispuesto por el marco legal del sector eléctrico.

Consecuentemente, las interrupciones de suministro o de transporte de gas natural, o las restricciones sufridas por cualquiera de ellos, pueden dar lugar a indisponibilidad de gas para las empresas generadoras, impidiéndoles producir total o parcialmente energía eléctrica.

4.2. Sistema Jerárquico, de Competencia y Comunitario en la Regulación para la Escasez de Gas Natural

En este contexto, se optó por establecer un conjunto de normas especiales para enfrentar las restricciones de suministro y transporte de gas natural.

En primer lugar, en junio del 2008 se promulgó una ley disponiendo que, en períodos de congestión en el suministro de gas natural debidamente declarados por el Ministerio de Energía y Minas (en

adelante MEM), los generadores podrán redistribuir entre ellos de manera eficiente el gas y/o la capacidad de transporte disponible contratada o, podrán acordar con los usuarios industriales de gas natural la reasignación de la capacidad de transporte para fines de generación eléctrica.

Asimismo, se estableció que a falta de dichos acuerdos, el COES coordinará con el transportista y productor de gas el gas entregable y el transporte disponible de gas natural para los generadores. Finalmente, se contempló que situaciones de congestión en el suministro de gas natural, el COES puede redistribuir el gas o la capacidad de transporte disponible para los generadores a efectos del despacho eficiente del SEIN; y que los generadores perjudicados con la reasignación efectuada por el COES serían compensados por los generadores beneficiados³⁴.

En segundo lugar, en agosto de 2008, el MEM declaró la existencia de congestión en el suministro de gas natural para fines de generación hasta el 30 de septiembre de 2009, señalando que dentro del plazo de quince días de publicada la norma los generadores podían presentar sus acuerdos de redistribución del gas y/o la capacidad de transporte disponible contratada. También se dispuso que el COES aplique tales acuerdos para el despacho cuando cumplan con el criterio de eficiencia del máximo aprovechamiento del gas para fines de generación eléctrica. Por último, se estableció que si no se presentaban dichos acuerdos o los que se presentaban no cumplían el criterio de eficiencia, el COES ejercería las facultades prevista en la ley antes comentada³⁵.

34 Decreto Legislativo N° 1041, Modifica Diversas Normas del Marco Normativo Eléctrico, publicado en El Peruano el 26 de junio de 2008

Artículo 4°.- "Despacho del Gas Natural para Centrales Termoeléctricas conectadas al SEIN

En períodos de congestión en el suministro de gas natural, declarados por el Ministerio de Energía y Minas, los Generadores podrán redistribuir entre ellos de manera eficiente el gas y/o la capacidad de transporte disponible contratada. Asimismo, los Generadores podrán acordar con los usuarios industriales de gas natural la reasignación de la capacidad de transporte para fines de generación eléctrica.

A falta de los acuerdos a que se refiere el párrafo que antecede, el COES coordinará con el transportista y productor las nominaciones de suministro y transporte de gas natural para los Generadores de acuerdo con lo señalado en las normas pertinentes.

En tales situaciones de congestión en el suministro de gas natural, el COES puede redistribuir el gas o la capacidad de transporte disponible para los Generadores a efectos del despacho eficiente del SEIN. Los Generadores perjudicados con la reasignación efectuada por el COES recibirán una compensación que cubra los costos adicionales incurridos debidos a dicha reasignación. Los Generadores beneficiados con la reasignación efectuada por el COES deberán asumir los costos de la compensación señalada en el párrafo anterior, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento".

35 Resolución Ministerial 358-2008-MEM-DM, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 2 de agosto de 2008 (mediante Resolución Ministerial N° 430-2009-MEM/DM, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 1 de octubre de 2009, se ha extendido el plazo del periodo de congestión declarado mediante Resolución Ministerial N° 358-2008-MEM/DM)

Artículo 1°.- "Declarar la existencia de congestión en el suministro de gas natural, para fines de generación eléctrica, en el periodo comprendido desde la vigencia de la presente Resolución, hasta el 30 de septiembre de 2009".

Artículo 2°.- "Dentro del plazo de quince (15) días hábiles desde la vigencia de la presente Resolución, los Generadores Eléctricos comunicarán al COES los acuerdos a que se refiere el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1041 que se aplicarán en situaciones de congestión durante el periodo declarado en el Artículo anterior.

Dichos acuerdos solo serán aplicados en la operación del SEIN cuando cumplan con el criterio de eficiencia del máximo aprovechamiento del gas natural para fines de generación eléctrica".

Artículo 3°.- "Vencido el plazo de quince (15) días hábiles señalado en el artículo 2° de la presente Resolución, sin que se hayan comunicado los acuerdos, o si, habiendo sido comunicados no cumplen con el criterio de eficiencia a que se refiere el segundo párrafo de dicho Artículo, el COES ejercerá las atribuciones señaladas en el artículo 4°, en concordancia con la Quinta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 1041".

En tercer lugar, también en agosto de 2009, se reglamentó la Ley estableciendo que en caso de existir acuerdos de redistribución de gas y/o capacidad de transporte entre generadores, el COES debía validarlos y efectuar la redistribución conforme a tales acuerdos, siempre que le hubieran sido comunicados dentro del plazo establecido en la resolución del MEM que declara el período de congestión y que considere que los acuerdos permiten el mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica. También se dispuso que cada vez que el COES determine la presencia de una situación de congestión, proceda a redistribuir entre los generadores el gas y/o la capacidad de transporte disponible, aplicando el criterio de eficiencia y mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica³⁶.

Adicionalmente, el reglamento estableció que el COES calcule los costos derivados de la reasignación de gas natural que haya efectuado el propio COES, a ser pagados por los generadores beneficiados por la reasignación a los generadores que pudiendo operar con gas natural no lo hicieron por la reasignación, e incluya dichos costos en los cuadros de transferencias mensuales que efectúa el COES para efectos de las compensaciones que se pagan los generadores³⁷.

Según se observa, **el diseño de la regulación para la escasez de suministro o transporte de gas natural responde a un sistema de control jerárquico, de competencia y comunitario**, siendo el criterio establecido para la reasignación de gas uno de eficiencia en la producción de electricidad. Al respecto debe tenerse en cuenta los siguientes elementos:

a) Control vía competencia o mercado: se otorga preponderancia a las reglas de comportamiento que surjan del acuerdo privado entre los generadores para la redistribución de suministro o transporte de gas natural. Además, si dichos acuerdos son validados por el COES, se hacen vinculantes y deben ser aplicados para el

despacho del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).

b) Control comunitario: se contempla que una entidad conformada por los propios agentes del mercado, es decir, el COES, valide los acuerdos privados en función del criterio de eficiencia; asimismo, se prevé que, en caso de falta de acuerdos privados o cuando los presentados no fueran validados, el COES redistribuya directamente el suministro o transporte de gas disponibles y, además, calcule las compensaciones a pagarse entre generadores beneficiados y perjudicados con dicha redistribución.

c) Control jerárquico: el criterio de eficiencia para que el COES valide los acuerdos privados, en función del mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica, está definido por normas legales. Asimismo, la intervención del COES para validar los acuerdos privados y redistribuir directamente el suministro o transporte de gas disponibles, está respaldada también por normas legales.

En tal sentido, la regulación para la escasez de gas natural contempla el mecanismo de control comunitario a través del COES si es que el mecanismo de control vía competencia o mercado a través del acuerdo privado entre generadores no se hace ausente o no llega a cumplir el criterio de eficiencia en la redistribución. La primacía del mecanismo de control vía competencia no depende de una decisión de un ente del Estado (por ejemplo, el regulador) o del ente comunitario (el COES) sino de que los acuerdos cumplan el criterio objetivo definido vía control jerárquico, esto es, el criterio del mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica.

4.3. El Sistema en Funcionamiento: Interpretaciones y Complejidades³⁸

La aplicación de la regulación para la redistribución de gas natural en situaciones de restricción de suministro o transporte muestra el funcionamiento de

36 Decreto Supremo N° 041-2008-EM, Reglamentan el artículo 4° y la Quinta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 1041, publicado en El Peruano el 13 de agosto de 2008

Artículo 2°.- "Atribuciones del COES

En ejercicio de las atribuciones que el artículo 4° del Decreto Legislativo le reconoce, cada vez que el COES determine la presencia de una Situación de Congestión, este organismo procederá a redistribuir entre los Generadores el gas y/o la capacidad de transporte disponible aplicando el criterio de eficiencia y mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica.

Durante el Período de Congestión, el transportista y el productor de gas natural deberán informar al COES, en la forma y oportunidades que éste determine, sobre la disponibilidad de gas natural y sobre las nominaciones que les hayan sido solicitadas por los Generadores que operan usando dicho recurso energético.

En caso de existir acuerdos de redistribución de gas y/o capacidad de transporte entre los Generadores, y dichos acuerdos hayan sido comunicados al COES dentro del plazo que se establezca en la Resolución que declare el Período de Congestión, los validará cuando considere que éstos permitan el mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica y efectuará la redistribución conforme a ellos. El COES aplicará en la operación del SEIN sólo los acuerdos validados".

37 Decreto Supremo N° 041-2008-EM

Artículo 5°.- "Pago de otros costos adicionales

Los otros costos adicionales resultantes de la reasignación de gas natural efectuada por el COES, serán asumidos por aquellos

la regulación para la escasez y los problemas que pueden producirse en su interpretación.

a) Comunicación de acuerdos privados al COES

Una vez que se publicó la Resolución Ministerial N° 358-2008-MEM-DM, por la que el MEM declaró la existencia de congestión en el suministro de gas natural para fines de generación eléctrica hasta el 30 de septiembre de 2009, los generadores que operaban a gas natural se encontraban ante dos posibles escenarios: (i) celebrar acuerdos privados para la redistribución del suministro o transporte de gas, para que fueran aplicados por el COES para efectos del despacho; o (ii) habilitar al COES para que efectúe directamente la redistribución, al no llegar a acuerdos privados. En función de ello, algunos generadores celebraron acuerdos privados de redistribución de gas y los comunicaron al COES dentro del plazo previsto en la Resolución Ministerial referida³⁹.

b) Interpretación de la DECOES

El COES no planteó observación alguna a los referidos acuerdos y empezó a aplicarlos para la operación del SEIN, con lo cual se infería que dichos acuerdos habían sido validados en función del criterio de eficiencia y, por ende, correspondía simplemente que el COES proceda a aplicarlos tal como dichos acuerdos disponían.

Sin embargo, pese a aplicar los referidos acuerdos en la operación del SEIN, el COES no consideró los acuerdos privados de redistribución de gas al momento de realizar la valorización de las transfe-

rencias de energía activa para los meses de agosto a noviembre de 2008. Ello se debe a que a pesar de existir arreglos privados para la redistribución de gas, el COES actuó como si hubiera efectuado la redistribución directamente y calculó una compensación por redistribución de gas entre generadores beneficiados y perjudicados con la redistribución y luego obligó a los generadores que participaron de tales acuerdos a pagar dicha compensación.

En efecto, la Dirección Ejecutiva del COES (en adelante, DECOES), entidad encargada de efectuar mensualmente la valorización de las transferencias de energía activa entre los generadores integrantes del COES, valorizaciones que determinan la posterior liquidación y pago de los conceptos contenidos en dichas valorizaciones entre los generadores⁴⁰, incluyó en las valorizaciones la compensación mencionada como parte de los conceptos que debían pagar los generadores beneficiados con la redistribución al generador perjudicado con la redistribución⁴¹.

Como consecuencia de ello, los generadores que habían suscrito acuerdos de reasignación del gas y a quienes se había impuesto el pago de compensaciones pidieron la reconsideración las decisiones de la DECOES antes referidas⁴².

Al resolver los mencionados recursos de reconsideración la DECOES interpretó que de las normas no se desprendía que el COES deba calcular los costos adicionales producidos por la reasignación sólo cuando efectúe directamente la redistribución del gas en generadores -es decir, sin mediar acuerdo privado-, sino más bien que el COES debe calcular compensaciones siempre que redistribuya el gas en

Generadores que operan con gas natural y que hayan resultado beneficiados por la reasignación de dicho combustible, y pagados a aquellos Generadores que, pudiendo operar con gas natural, hayan sido perjudicados con la reasignación. Estos costos serán calculados por el COES e incluidos en los cuadros de transferencias mensuales que efectúa dicha entidad".

38 Los documentos que se citan en esta sección se encuentran disponibles en la página web del COES: <http://www.coes.org.pe/coes/index.asp>.

39 El 8 de agosto de 2008 EDEGEL S.A.A. comunicó al COES los acuerdos de redistribución de gas suscritos con ENERSUR S.A. y Kallpa Generación S.A. La redistribución de gas empezó a realizarse desde el 10 de agosto de 2008.

40 La transferencia de energía entre generadores, como resultado de la operación económica del sistema, es aquella por la cual un generador utiliza energía despachada por otro generador más eficiente para cumplir con sus clientes. La determinación de transferencias de energía entre generadores es efectuada cada mes por el COES, éste contabiliza, para cada generador, la totalidad de los despachos y retiros (para cumplir con sus contratos) efectivamente realizados y los valoriza en función al costo marginal correspondiente al tiempo y lugar del despacho o retiro. Una vez realizada la valorización de los despachos y retiros de cada generador (en US\$/kWh) se determina el saldo, positivo o negativo, de cada uno de ellos.

Luego, el COES determinará cuáles han sido las transferencias de energía ocurridas entre generadores y el valor de dichas transferencias a costo marginal de operación. El valor de las transferencias de energía deberá ser pagado por los generadores con saldo positivo dentro de los siete primeros días del mes siguiente.

41 En otras palabras, la DECOES calculó los beneficios obtenidos por ENERSUR S.A. y Kallpa Generación S.A. con la redistribución de gas acordada con EDEGEL S.A.A. e incluyó la compensación de dichos beneficios como parte de la valorización de transferencias de energía que debían pagar las dos primeras empresas a favor de la última. Al respecto, puede verse los Informes N° COES-SINAC/DTR-120-2008, N° COES/DO/STR-134-2008, N° COES/DO/STR-153-2008 y N° COES/DO/STR-166-2008 que contienen la valorización de las transferencias de energía activa correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2008, respectivamente.

42 Con fecha 18 de septiembre de 2008 Kallpa Generación S.A. presentó reconsideración contra la valorización de transferencias de energía activa agosto de 2008 y aplicación del Decreto Supremo N° 041-2008-EM. Con fechas 02 de octubre y 10 de noviembre de 2008 ENERSUR S.A. presentó reconsideraciones por inadecuada aplicación del Decreto Legislativo N° 1041. Ver a manera de ejemplo: <http://www.coes.org.pe/dataweb2/2008/DO/IMPUGNACIONES/RECONSIDERACION/KALLPA2382.pdf> (visitada el 1 de octubre de 2009).

situaciones de congestión, independientemente de que existan o no acuerdos de redistribución entre generadores. Ello se sustentaría en que según las normas es el COES quien redistribuye el gas en situaciones de congestión, sin importar si lo hace según los acuerdos privados entre generadores o directamente a falta de acuerdos. Consecuentemente, el COES debería ejercer su facultad de calcular y establecer la compensación que deben pagar los generadores beneficiados a los generadores perjudicados independientemente de que la redistribución sea realizada según los acuerdos privados o directamente por el COES⁴³.

c) Posición de los generadores

Dado lo anterior, los generadores a quienes se impuso el pago de la compensación pese a que la redistribución se originaba en un acuerdo privado impugnaron las decisiones de la DECOES ante el Directorio del COES⁴⁴. La posición común de los generadores se sustentó en la siguiente argumentación.

El supuesto de hecho establecido en la ley para que proceda la redistribución de gas natural es que el MINEM declare la existencia de congestión en el suministro de gas para la generación eléctrica, lo cual había ocurrido en este caso. De presentarse ese supuesto de hecho, la consecuencia prevista por el marco legal era que opere alguna de las siguientes alternativas, en el orden indicado:

- Acuerdos privados que definen la redistribución del gas para efectos de la generación de energía eléctrica, que pueden ser de dos tipos: (i) acuerdos entre generadores para redistribuir de manera eficiente entre ellos el gas y/o la capacidad de transporte disponible contratada; o (ii) acuerdos entre generadores y usuarios industriales de gas para reasignar la capacidad de transporte para fines de generación eléctrica.
- A falta de acuerdos privados, redistribución del gas o de la capacidad de transporte disponible realizada directamente por el COES; caso en el cual podían crearse costos adicionales para algunos generadores como consecuencia de la redistribución efectuada. Por ello, el marco legal contemplaba que los generadores beneficiados

con la reasignación asuman los costos adicionales que la misma ocasione a los generadores perjudicados, en la forma de una compensación.

Las atribuciones otorgadas legalmente al COES en cada uno de los supuestos descritos (ante la presencia o ante la ausencia de acuerdos privados de reasignación de gas) son diferentes, en razón a la distinta naturaleza de la intervención de dicha entidad. Si los generadores se ponen de acuerdo para la redistribución del gas, el COES debe: (i) verificar que el acuerdo haya sido entregado dentro del plazo previsto en la Resolución del MINEM que declare la existencia de congestión en el suministro de gas; (ii) verificar que el acuerdo permita el mejor aprovechamiento del gas natural disponible en la producción de energía eléctrica (criterio de eficiencia); y, de ser así, (ii) efectuar la redistribución conforme a lo dispuesto en tal acuerdo.

Por el contrario, si los generadores no se ponen de acuerdo para la redistribución una vez declarado el período de congestión, o si los acuerdos comunicados no se presentaron en el plazo previsto en la Resolución del MINEM o no cumplen el criterio de eficiencia, el COES debe: (i) redistribuir directamente entre los generadores el gas disponible aplicando el criterio de eficiencia; (ii) establecer los costos adicionales derivados de tal reasignación de gas identificando si existen generadores beneficiados y perjudicados por la reasignación; y, (iii) determinar las compensaciones respectivas que deben ser pagadas por los generadores beneficiados.

Si bien en ambos supuestos el COES efectúa la redistribución de gas natural, en cada caso la intervención del COES tiene distintos alcances, en particular en cuanto al cálculo de los costos adicionales para los generadores perjudicados con la redistribución y al pago de la compensación.

Cuando los generadores presentan un acuerdo para la redistribución del gas natural y éste es validado por el COES por cumplir con el criterio de eficiencia, debe proceder únicamente a efectuar la redistribución conforme a lo previsto en los acuerdos. Ello se debe a que a través de estos acuerdos los generadores evalúan los beneficios y perjuicios ocasionados por la redistribución, y definen los mecanismos de compensación u

43 Al respecto, refiriéndose al artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1041, la DECOES señaló expresamente lo que sigue: "Del texto claro y expreso del artículo citado, no se desprende que solamente cuando el COES reasigne de manera directa, deban calcularse los costos adicionales producidos por tal reasignación; si no que el COES redistribuirá el gas o la capacidad de transporte siempre que se produzca "tales situaciones de congestión", es decir, independientemente de la aplicación o no de los acuerdos señalados en el segundo párrafo del precitado artículo 4°, y a consecuencia de dicha redistribución realizada determinará el pago de los costos adicionales, productos de dicha operación" (Comunicación N° COES/D-1391-2008, pag. 5).

44 Tanto ENERSUR S.A. como Kallpa Generación S.A. presentaron apelación contra la decisión de la DECOES que denegó la reconsideración, con fechas 25 de noviembre y 18 de diciembre de 2008, respectivamente. Asimismo, ambas empresas plantearon apelaciones contra las subsiguientes valorizaciones de transferencias que incluían la compensación por redistribución de gas. Ver a manera de ejemplo: <http://www.coes.org.pe/dataweb2/2008/DO/IMPUGNACIONES/APELACIONES/ENR-805--2008.pdf> (visitada el 7 de octubre de 2009).

otros que consideren convenientes a través de arreglos contractuales. Es decir, los generadores internalizan las externalidades producidas por la redistribución de gas en situaciones de congestión a través del propio acuerdo de redistribución. Si los generadores no llegaron a un consenso sobre la forma de compensar a los perjudicados por los costos derivados de la redistribución, no se lograría ningún acuerdo de redistribución entre ellos. En tal sentido, todo acuerdo de redistribución de gas entre generadores contiene, explícita o implícitamente, un acuerdo sobre la compensación de costos que dicha redistribución pudiera ocasionar. Consecuentemente, no cabe que el COES identifique los costos ocasionados por la redistribución y calcule compensaciones a pagar por los generadores beneficiados a los generadores perjudicados.

Si no se presentan acuerdos o los acuerdos presentados por los generadores no cumplen el criterio de eficiencia, el COES debe efectuar directamente la redistribución del gas natural según el criterio de eficiencia y, complementariamente, debe determinar las compensaciones que tienen que pagar los generadores beneficiados a los perjudicados. En estos casos, la actuación del COES sustituye el acuerdo privado, tanto en lo relativo a la distribución del gas como en la determinación de las compensaciones a pagarse entre los generadores.

Los acuerdos de redistribución de gas suscritos cumplieron todos los requisitos legales previstos para que el COES proceda a redistribuir el gas en estricto cumplimiento de lo previsto en dichos acuerdos, pues: (i) se comunicaron oportunamente al COES dentro del plazo establecido por la Resolución Ministerial N° 358-2008-MEM-DM; (ii) cumplieron el criterio de eficiencia en la medida que permitan un mejor aprovechamiento del gas natural de Camisea por las empresas generadoras térmicas, puesto que trasladaban el gas a aquellas generadoras térmicas que sólo pueden producir con ese combustible, mientras que las centrales térmicas que pueden producir con otro combustible dejaban de utilizarlo y producían con otros combustibles; (iii) fueron validados por el COES en función al criterio de eficiencia, en la medida que dicha entidad no señaló en ningún momento a los generadores que el acuerdo no cumpliera con el referido criterio. Además, las redistribuciones acordadas no producían efecto negativo alguno sobre los otros integrantes del SEIN y los efectos que se pudieran producir entre los que suscribieron los acuerdos ya habían sido compensados como parte del acuerdo.

Finalmente, los generadores plantearon que sostener que el COES debía calcular compensaciones

también en los casos en que existen acuerdos entre generadores, implicaba que la decisión regulatoria del COES sustituya el acuerdo privado que privilegiaba la regulación.

d) Decisión del Directorio del COES

Sin expresar mayores argumentos sobre las cuestiones objeto de apelación, el COES declaró fundadas las apelaciones presentadas y revocó las decisiones de la DECOES que establecían el pago de compensaciones sin considerar el acuerdo privado de redistribución de gas. Asimismo, el Directorio del COES instruyó a la DECOES para que procediera a recalcular las valorizaciones de transferencias de energía activa sin incluir dichas compensaciones⁴⁵.

V. REFLEXIONES FINALES

Como ya hemos visto en otros ejemplos de regulación por escasez implementados en el Perú, es usual que se utilice un diseño que combina el control jerárquico y el control vía competencia, dando prioridad al mecanismo de competencia (mecanismo de subasta) para la determinación del derecho de uso de determinados bienes intangibles (espectro) o infraestructuras (facilidades esenciales de infraestructuras de transporte).

La regulación para la redistribución de gas presenta una combinación más compleja, en tanto que incluye los sistemas jerárquico, vía competencia y comunitario, pero igualmente privilegia el control vía competencia para la definición de las reglas aplicables.

La interpretación esgrimida por la DECOES no era consistente con la lógica del diseño regulatorio implementado, puesto que en vez de asumir en toda su extensión la preponderancia que buscaba darse al mecanismo de control vía el mercado, es decir, al acuerdo privado entre los generadores, asumió que la regulación había hecho una mezcla poco efectiva e inconsistente de las modalidades de control de competencia o mercado y de control comunitario.

Si el diseño regulatorio otorgó preponderancia al acuerdo privado, lo razonable era que este acuerdo prime en todo lo que corresponda a la redistribución. Toda redistribución de derechos escasos implica que unos se verán beneficiados y otros perjudicados por tener que renunciar a su derecho. Consecuentemente, si la regulación determinó que los generadores pudieran acordar los términos de la redistribución del gas, era comprensible que también pudieran acordar la compensación res-

45 Sesión de Directorio del COES N° 323 de fecha 21 de enero de 2009. El acta de la referida sesión se encuentra disponible en <http://www.coes.org.pe/coes/directorio/directorio.htm> (visitada el 10 de octubre de 2009).

pectiva por la renuncia al derecho de uso del gas por parte de los generadores perjudicados con la redistribución.

Sería inconsistente que el diseño regulatorio haya otorgado preponderancia a los términos de la redistribución establecidos en un acuerdo privado, pero que los términos para definir la compensación entre generadores beneficiados y perjudicados no puedan ser parte del acuerdo privado y deban ser fijados por un tercero como el COES. Esto implicaría que se privilegia el mecanismo de mercado para definir los términos de redistribución de derechos, pero que se requiere el mecanismo comunitario para definir los términos de las compensaciones por la renuncia de derechos que han hecho los privados vía el acuerdo, pese a que se trata de las dos caras de la misma moneda.

Evidentemente, si existe un acuerdo por el que un generador renuncia a su derecho de uso del gas a favor de otros generadores, es porque previamente se han puesto de acuerdo sobre cómo se compensará la renuncia a ese derecho. De lo contrario, no se había llegado a acuerdo alguno entre los generadores. El acuerdo privado sobre la compensación es condición necesaria para el acuerdo privado sobre la redistribución de gas; y la regulación habría sido inconsistente si no lo hubiera reconocido. En consecuencia, si se logra un acuerdo privado, éste debe primar en todo lo que sea necesario para darle funcionalidad como mecanismo de definición de reglas y, de ser el caso, de supervisión de cumplimiento y modificación del comportamiento.

Bajo un diseño regulatorio como el implementado en este caso, la intervención de un tercero, sea un ente estatal (como el regulador) o un ente de control comunitario (como el COES), sólo tendría cabida si los privados no arriban a un acuerdo, pues en dicho caso la intervención del tercero vendría a sustituir la ausencia del acuerdo.

En esta perspectiva, el diseño regulatorio para la redistribución de gas resultaba consistente, puesto que otorga preponderancia al acuerdo privado entre los generadores para la redistribución y la determinación de compensaciones (mecanismo de control vía mercado). Solamente en ausencia de acuerdos privados se faculta al COES para sustituir tal ausencia y redistribuir el gas, caso en el cual se generan externalidades para los generadores perjudicados y, por ende, le corresponde también al COES calcular las compensaciones a ser pagadas entre generadores para solucionar dichas externalidades (mecanismo de control comunitario y jerárquico).

Debe asumirse que el Directorio del COES comprendió apropiadamente la lógica de este diseño regulatorio y por ello decidió conservar la intervención del COES sólo para aquellos casos en que el mecanismo de control vía mercado no funcionara.

Como se observa en este caso, la correcta identificación de la combinación de modalidades regulatorias que conforman el sistema híbrido que se ha implementado para regular la redistribución de gas en situaciones de restricción de suministro y transporte de gas, resulta de vital importancia para comprender la lógica regulatoria y para efectuar una correcta interpretación de sus alcances. CA