

Integración o Separación Vertical en Industrias de Redes: ¿Regulación a través de La Estructura de la Industria?

Eduardo Quintana Sánchez*

I. INTRODUCCIÓN

La regulación actual de los denominados servicios públicos o mejor calificados como industrias de redes con características de monopolio natural, parte de la verificación de que algunas actividades de dichas industrias permiten la participación de varios operadores en competencia, mientras que otras mantienen carácter monopólico. Estas últimas actividades son aquellas que involucran la operación de redes de infraestructura cuya construcción supone un elevado componente de costos hundidos y cuya operación produce considerables economías de escala. Dadas estas características, lo más eficiente es que una sola empresa opere dicha red, quedando en calidad de monopolio. De otro lado, las primeras actividades son aquellas que si bien requieren la utilización de las redes de infraestructura antes mencionadas no involucran inversiones hundidas relevantes y por ende pueden llevarse a cabo por varias empresas a la vez, por lo que en este caso se busca facilitar la entrada de nuevos operadores que den lugar a la competencia.

En este contexto, la regulación actual es una combinación de medidas para controlar al monopolio, para promover la

entrada de nuevas empresas y facilitar la competencia entre ellas. Una de las principales decisiones para definir el diseño regulatorio de una industria de redes es la elección de la estructura de mercado que se implementará. Las dos principales opciones en este campo son: (i) la integración vertical de las actividades (en adelante I.V.) a través de la cual se permite que la empresa que opera la red con carácter de monopolio natural también participe en las actividades competitivas rivalizando con los demás operadores; y (ii) la separación vertical de las actividades (en adelante S.V.) por la que se impide que el monopolio también participe en las actividades competitivas.

Cada una de estas alternativas presenta sus correspondientes ventajas y desventajas, las mismas que deben ser estudiadas detenidamente en función de las características de cada industria. El propósito de este trabajo es evaluar la relación que existe entre la estructura de mercado elegida y el carácter de la regulación que se desarrolla para lograr el balance correcto entre control del monopolio y promoción de la competencia.

La hipótesis que se plantea es que el carácter de la regulación y su grado de intervención sobre las actividades

* Profesor de la Maestría en Derecho de la Empresa, Especialidad de Servicios Públicos, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado de Lema, Solari & Santiváñez - Abogados.

productivas dependen del tipo de estructura de mercado elegida. Para validar esta hipótesis se describe y estudia el diseño regulatorio de las industrias peruanas de energía eléctrica y de telecomunicaciones. A través de este análisis se define cómo y en qué medida influye la estructura de mercado sobre la regulación vista en conjunto.

II. Estructura de la Industria e Instrumentos Regulatorios

Los modelos de regulación de industrias de redes más recientes se sustentan en la lógica de introducir competencia donde la misma sea posible y mantener la regulación allí donde se presenten características de monopolio natural. Esta lógica tiene su origen en la identificación de segmentos de las industrias de redes en los que pueden coexistir varios operadores en competencia.

Lo anterior se explica por la revalorización del mercado y la competencia como mecanismos más eficientes de asignación de recursos, frente a las complejidades y errores en los que se puede incurrir con la regulación, que funciona como segundo mejor en comparación con el mecanismo de mercado. Dichos modelos surgen como consecuencia de la desregulación de mercados y constituyen una re-regulación que tiene entre sus objetivos no solo simular los resultados que arrojaría el mercado sino principalmente promover el surgimiento de competencia¹.

En este proceso de desregulación y re-regulación la definición de la estructura del

mercado resulta de vital importancia. Al respecto, cuando se decide desregular las actividades competitivas dentro de una industria de redes la primera cuestión que se evalúa es si se permite o no que la empresa titular de la actividad con características de monopolio natural también participe en las actividades competitivas. En otras palabras, la pregunta fundamental sobre la estructura del mercado es si se permite la I.V. o si se impone la S.V. de las actividades. Como se sabe la I.V. genera beneficios que redundan en una mayor eficiencia productiva: mayores economías de alcance, acceso a un mayor flujo de información sobre las exigencias y requerimientos de las actividades integradas que facilita la toma de decisiones operativas y de inversión, reducción de costos de transacción al no ser necesario recurrir al mercado para obtener la provisión de los insumos, entre otros.

Si se permite la I.V. la siguiente pregunta de relevancia es cómo regular los términos en que la empresa titular del monopolio natural ofrecerá acceso a sus instalaciones a los competidores en el mercado aguas abajo, dado el incentivo anticompetitivo que puede tener². Si bien la liberalización no requiere necesariamente que la empresa que cuenta con el monopolio natural no participe en las actividades competitivas, sí es imprescindible que los terceros que pretendan ingresar en estas actividades puedan ofrecer sus servicios a los usuarios finales a través de las instalaciones del monopolio natural y compitiendo con los servicios que éste también brinda. Ello se debe a que con un esquema de I.V. existe el temor de que el monopolio natural discrimine a favor de su

¹. Introducir competencia en industrias de redes tiene los siguientes beneficios: (i) promueve la eficiencia e innovación; (ii) minimiza el alcance y la oportunidad de que los métodos tradicionales de regulación generen distorsiones en el mercado; y (iii) concentra la intervención regulatoria en los principales rubros no competitivos de una industria. Ver: BIGGAR, Daryl. *When Should Regulated Companies be Vertically Separated?*; en: *The Anticompetitive Impact of Regulation*, Amato y Laudati Eds. (Great Britain, Edward Elgar Publishing, 2001), p. 172.

². ARMSTRONG, COWAN y VICKERS. *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience* (United States of America, MIT Press, 1999), p. 135.

vinculada que también ofrece servicios finales³.

La discriminación de los competidores puede darse en distintos aspectos. La empresa que controla el monopolio natural puede aprovechar los ingresos obtenidos en este segmento para subsidiar su operación en los segmentos competitivos, haciéndose más difícil la detección del subsidio a través de la transferencia interna de costos. Asimismo, tiene mejor conocimiento sobre la capacidad efectiva de su red y tiene el incentivo a no informar de ello a sus competidores e incluso argumentar restricciones de capacidad ante pedidos de acceso. De igual manera, puede tener incentivos a reducir la calidad de los servicios provistos a competidores. Adicionalmente a lo anterior, dicha empresa está en capacidad de crear confusión, demorar estratégicamente, iniciar procesos legales y procedimientos regulatorios, como herramientas para restringir la calidad u oportunidad del acceso de los competidores⁴. A lo dicho cabe agregar que el titular de la actividad de monopolio natural también puede tratar de transferir costos de las actividades en competencia a la actividad regulada, inflando así estos últimos para que sean reconocidos por el regulador en la tarifa, reduciéndose así artificialmente sus costos en las actividades competitivas⁵.

Frente a lo anterior, algunos proponen que la S.V. reduce la capacidad de restringir la competencia y neutraliza los incentivos a incurrir en tratos discriminatorios frente a

competidores. Asimismo, manifiestan que la S.V. hace más transparente la estructura de costos e ingresos de las empresas y reduce así la oportunidad de usar precios internos de transferencia para trasladar costos o ingresos entre actividades.

No obstante, es necesario tener en consideración que si bien la S.V. reduce los ámbitos en que la regulación es necesaria, puede hacer más complicada la coordinación entre los diferentes segmentos de la industria. En efecto, una vez separadas las actividades, la coordinación entre las empresas que operan en cada actividad debe realizarse mayormente a través de arreglos contractuales. Si bien dichas empresas tienen interés común en el éxito de la prestación del servicio final al usuario, también presentan intereses en conflicto sobre los costos y responsabilidades que cada quien asume. Los errores derivados de no realizar una coordinación cuidadosa no solo pueden reducir la calidad del servicio sino incrementar sus precios, lo cual en el balance puede terminar reduciendo los beneficios esperados de haber garantizado la competencia con la S.V.⁶

Así, por ejemplo, en el caso de la industria de transporte ferroviario se puede separar la administración de la infraestructura de rieles y estaciones, de la operación de locomotoras y vagones (servicio final), considerando que la primera actividad tiene características de monopolio natural mientras que la segunda puede ser realizada por varios operadores en competencia. Una vez separadas dichas actividades los operadores del servicio final

³ NEWBERY, David. *Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Industries* (United States of America, MIT Press, 2001), p. 188.

⁴ BIGGAR, *When Should Regulated Companies...*, Op. Cit., pp. 179 y 182.

⁵ BIGGAR, *When Should Regulated Companies...*, Op. Cit., p. 185.

⁶ GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion* (United States of America, Harvard University Press, 2003), p. 248.

deberán negociar y pactar con la administradora de la red los términos de acceso a la infraestructura (precio, horarios, capacidades, etc.), para poder ofrecer servicios confiables y de buena calidad. Si bien todas las empresas coinciden en su interés por que se ofrezca el mejor servicio a los usuarios finales, divergen en cuanto al precio por el acceso a la red y en cuanto a la responsabilidad que tiene cada una por los accidentes que puedan ocurrir.

En virtud de ello, se ha señalado que las experiencias de desregulación de las industrias de electricidad y ferrocarriles sugieren que los problemas de coordinación han sido subestimados por el entusiasmo de introducir competencia. No obstante, esto no significa que los problemas de coordinación sean tan relevantes como para hacer indeseable la S.V., pero sí que deben ser mejor estimados y enfrentados. Consecuentemente, la decisión de introducir la S.V. de la industria depende del balance entre los beneficios de la competencia y los costos que se generan por la mayor coordinación requerida. Téngase en cuenta que el esfuerzo de cambiar la regulación (correspondiente al monopolio estatal) por competencia a través de la S.V. puede terminar incrementado la importancia y extensión de las funciones del regulador⁷.

En un esquema de S.V. el regulador puede intervenir para supervisar las transacciones entre empresas separadas, debido a que dichas transacciones resultan críticas para la calidad y costo del servicio

final, e incluso puede terminar convirtiéndose en una suerte de tercera parte si es que debe aprobar los contratos. De igual forma, el regulador también puede intervenir en las negociaciones para controlar la vulnerabilidad que pudieran tener los operadores de actividades competitivas frente al administrador de la red con características de monopolio natural⁸. Adicionalmente, debido a que la existencia de capacidad disponible en la red constituye un insumo clave para los operadores en competencia, el regulador también puede terminar interviniendo en aspectos relacionados con la operación y/o inversión del titular de la red⁹.

Según se aprecia existe un contrapunto básico en la S.V., pues mientras ofrece potenciales eficiencias derivadas de una mayor garantía de la competencia y de la mayor transparencia en la información que fluye de las empresas hacia el regulador; también da lugar a potenciales pérdidas de coordinación entre las actividades y de economías de alcance, así como el posible incremento de costos de transacción. Frente a la disyuntiva, se señala que la S.V. es más atractiva cuando el tamaño y densidad del mercado permite que operen varias empresas con su propia infraestructura; en tanto que si los mercados son muy pequeños la competencia esperada de la S.V. puede no surgir¹⁰.

Por su parte, la I.V. facilita la coordinación entre las actividades y puede así reducir los costos de transacción como

⁷ GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating Infrastructure...*, Op. Cit., pp. 249-250.

⁸ Con un esquema de S.V. las partes requieren contratar la provisión de insumos en el mercado, por lo que si una de ellas realiza inversiones específicas para satisfacer los requerimientos de la contraparte, la primera queda sujeta al posible comportamiento oportunista de la segunda que puede exigir mayores prestaciones al tener la seguridad de que la primera ya efectuó un gasto relevante para abastecerse de la segunda. Si el administrador de la red exige a los operadores en competencia la realización de inversiones específicas para poder acceder a la red podría actuar oportunistamente después y exigirles mayores prestaciones. En este supuesto la regulación puede tratar de controlar dicha situación.

⁹ GÓMEZ-IBÁÑEZ, *Regulating Infrastructure...*, Op. Cit., pp. 252 y 256-257.

¹⁰ KESSIDES, Ioannis. *Reforming Infrastructure: Privatization, Regulation, and Competition* (Washington, World Bank-Oxford University Press, 2004), pp. 46-47.

consecuencia de la operación conjunta de ellas; aunque garantizar términos equivalentes de acceso a la red monopólica puede incrementar los costos de regular¹¹.

Debido a que la opción de permitir la I.V. garantizando el acceso al segmento de monopolio natural aprovecha las potenciales economías de alcance y de coordinación, se ha planteado que esta opción es viable cuando:

- El tamaño y la densidad del mercado inhiben la competencia efectiva y potencial;
- Se requiere significativa inversión en nueva infraestructura;
- Las características técnicas y económicas de la industria hacen que la coordinación entre las actividades que la conforman sea crítica;
- Los países carecen de leyes comerciales y mecanismos de solución de controversias bien desarrollados que faciliten acuerdos comerciales flexibles y confiables;
- La incidencia de incumplimientos es una seria preocupación¹².

Resumiendo lo anterior en sus aspectos más relevantes, la elección entre un esquema de I.V. o de S.V. como estructura de una industria de redes pasa por evaluar, de un lado, qué tan importantes son las economías de alcance y la reducción de costos de transacción y coordinación que se logran con la I.V., frente a los incentivos anticompetitivos que se generan y los costos

en que se incurrirá con la regulación protectora de la competencia. De otro lado, se debe evaluar qué tan grandes son los beneficios esperados de garantizar la competencia e incrementar los flujos de información hacia el regulador a través de la S.V., frente a los costos de coordinación y transacción derivados de la separación de actividades así como los costos de regular para facilitar la coordinación.

Tal como se ha señalado, la opción elegida para la estructura de la industria influye directamente sobre el carácter de los instrumentos regulatorios que se utilizan posteriormente. En efecto, la elección entre S.V. o I.V. supone también escoger entre una aproximación de estructura o una de conducta y, además, entre utilizar regulación menos o más interventora, como se explica a continuación:

La S.V. supone un remedio regulatorio de estructura de carácter ex-ante, pues usualmente requiere prohibiciones expresas para que las empresas no operen simultáneamente en varias actividades. Adicionalmente, también será necesaria cierta regulación de conductas ex-post para superar los problemas de coordinación que puedan surgir. Finalmente, con la S.V. el regulador puede confiar más en la información provista por los agentes y utilizar medidas regulatorias menos interventoras.

La I.V. supone mayormente remedios de conducta de carácter ex-post, para regular el comportamiento del incumbente y enfrentar los incentivos y la capacidad de restringir la competencia. Además, con la I.V. el regulador requerirá confrontar más la

¹¹ NEWBERY, *Privatization, Restructuring ...*, Op. Cit., p. 188.

¹² KESSIDES, *Reforming Infrastructure ...*, Op. Cit., pp. 48-49. Aunque es claro que si la empresa integrada es opuesta tanto a la competencia como a la eficiencia el diseño de I.V. también puede fracasar, por lo que siempre debe tenerse en cuenta que tanta disponibilidad tiene el incumbente integrado para permitir el acceso de otros proveedores al segmento monopólico y qué tan efectiva puede ser la regulación de acceso.

información provista por los agentes y tendrá que recurrir a medidas regulatorias más interventoras y procedimientos más robustos¹³.

En el siguiente cuadro se resume las ventajas y desventajas que usualmente presentan ambas estructuras de mercado, así como el tipo y carácter de los instrumentos regulatorios que suelen derivarse de ellas:

	SEPARACIÓN VERTICAL	INTEGRACIÓN VERTICAL
Ventajas	Reducción de la capacidad de discriminar y neutralización de incentivos anticompetitivos. Mayores flujos de información para el regulado	Economías de escala y alcance. Reducción de costos transacción y coordinación Mayor información para que las empresas adopten decisiones operativas y de inversión.
Desventajas	Costos transacción y coordinación Menor información para que las empresas adopten decisiones operativas y de inversión	Mayor capacidad de discriminar a competidores e incentivos anticompetitivos. Menores flujos de información para el regulador
Intrumentos	Remedios de estructura <i>ex-ante</i> y de conducta <i>ex-post</i>	Remedios de conducta <i>ex-post</i>
Carácter de la regulación	Prohibiciones expresas y regulación para solucionar problemas de coordinación	Regulación promotora y protectora de la competencia
Grado de intervención	Regulación menos intensiva y concentrada en segmentos de monopolio natural	Regulación intensiva en la mayoría de actividades sean de monopolio natural o competitivas

A continuación se analiza el diseño y evolución del marco regulatorio de los sectores de telecomunicaciones y de energía eléctrica en el Perú, para identificar la estructura de mercado existente y evaluar si ésta ha influido de manera efectiva y relevante en el tipo de instrumentos regulatorios utilizados en cada sector. De esta manera podrá evidenciarse si la naturaleza de la regulación se define en función de la forma en que se estructura el mercado, constituyéndose la elección entre S.V. o I.V. en la piedra fundamental que perfila y define un diseño regulatorio en su conjunto. Debe aclararse que las secciones posteriores no buscan debatir o cuestionar la validez, el contenido o la oportunidad de la regulación producida en cada sector, sino únicamente analizar lo antes indicado.

III. DISEÑO REGULATORIO DEL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES

3.1. Estructura del mercado de telecomunicaciones

La industria de telecomunicaciones peruana se configura a través de dos clasificaciones concurrentes de servicios. De un lado, los servicios de telecomunicaciones se clasifican según su naturaleza o uso en¹⁴:

- Servicios públicos, que son los que se encuentran a disposición del público en general, cuya utilización se efectúa a cambio de una contraprestación y que son declarados como tales por el marco legal.
- Servicios privados, que son establecidos por una persona natural o jurídica

¹³ BIGGAR, When Should Regulated Companies..., Op. Cit., pp. 183, 187 y 190

¹⁴ Artículos 40-43 del Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante LT), norma que consolida las Normas que Regulan la Inversión Privada en Telecomunicaciones, Decreto Legislativo 702 y sus modificatorias. Artículos 14, 23 y 24 del Decreto Supremo 027-2004-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante RLT), que también ha sido objeto de posteriores modificaciones.

(incluyendo filiales y subsidiarias) para satisfacer estrictamente sus propias necesidades de comunicación dentro del territorio nacional, y que por ende no son ofrecidos a terceros.

- Servicios privados de interés público, que son los servicios de difusión de señales al público sin que impliquen una contraprestación, y que incluyen las emisiones sonoras de radio y de televisión de señal abierta.

De otro lado, los servicios de telecomunicaciones también se clasifican según su aspecto técnico en:

- Servicios portadores, que permiten el transporte y enrutamiento de las señales para prestar otros servicios de telecomunicaciones. Incluyen servicios de transporte de señales locales y de larga distancia nacional e internacional (el arrendamiento de circuitos y enlaces de interconexión)¹⁵.
- Servicios finales o tele-servicios, que permiten la comunicación entre usuarios finales. Incluyen la telefonía local de abonado, telefonía pública, telefonía de larga distancia nacional e internacional, telefonía móvil, buscapersonas, radioaficionados, entre otros¹⁶.
- Servicios de difusión, que permiten la comunicación en un solo sentido desde un punto de emisión hacia varios puntos de recepción. Incluye la radiodifusión

sonora o de televisión, la televisión por cable, entre otros¹⁷.

Servicios de valor añadido, que utilizan como soporte otro servicio público de telecomunicaciones y le agregan alguna característica o facilidad. Incluyen la conmutación de datos por paquetes (Internet), la mensajería interpersonal (correo electrónico), la mensajería de voz, los servicios de consulta (por ejemplo sobre horóscopo), etc.¹⁸

Los servicios portadores son necesariamente servicios públicos de telecomunicaciones; mientras que los servicios finales, de difusión y de valor añadido pueden ser servicios públicos o privados; adicionalmente, los servicios de difusión también pueden ser privados de interés público¹⁹. Los servicios sujetos a regulación específica por parte del Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones - OSIPTEL son únicamente los servicios públicos de telecomunicaciones.

La entrada al mercado de telecomunicaciones se sustenta en un régimen de concesiones para la prestación de servicios portadores, finales y de difusión, mientras que en el caso de servicios de valor añadido solo se requiere de una autorización²⁰. El marco legal original requería el otorgamiento de una concesión para prestar cada servicio aunque con la posibilidad de que un contrato incluyera varias concesiones²¹. El acceso al mercado es libre, previa obtención de una

¹⁵ Artículos 10 de la LT, y 33-35 RLT.

¹⁶ Artículos 13 de la LT, y 41-52 del RLT.

¹⁷ Artículos 20 de la LT, y 91-93 del RLT.

¹⁸ Artículos 29 de la LT, y 105 del RLT.

¹⁹ Artículos 40 de la LT, y 23 del RLT.

²⁰ Artículos 47 - 62 de la LT y 113 - 136 del RLT.

²¹ Artículo 131 del RLT.

concesión o autorización, pues no existen más restricciones para el ingreso de los operadores en cualquier tipo de servicios, sean éstos públicos, privados o privados de interés público²².

Las dos excepciones a la regla de libre acceso son: (i) los servicios que requieren la utilización del espectro radioeléctrico, que es considerado un recurso escaso por el marco legal; y (ii) el período de desmonopolización progresiva o monopolio temporal que se estableció en algunos servicios a favor de la empresa que ganó el proceso de privatización.

En cuanto al primer caso, si bien las concesiones se otorgan bastando una solicitud de parte, cuando involucran el derecho de explotación del espectro radioeléctrico -como sucede con los servicios de telefonía móvil, televisión satelital, telefonía fija inalámbrica, entre otros- la ley exige que se otorguen a través de un concurso público²³. De este modo, solo accede al mercado el postor ganador de dicho concurso. Esto se debe a que el espectro radioeléctrico constituye un recurso natural que forma parte del patrimonio de la nación, que sirve como medio para la propagación de ondas radioeléctricas sin guía artificial, y que tiene capacidad limitada, por lo que no pueden

hacer uso simultáneo del mismo una infinidad de operadores²⁴.

Respecto del segundo caso, como parte del proceso de privatización de la compañía Peruana de Teléfonos S.A. y de Entel Perú S.A. -empresas que brindaban los servicios públicos de telecomunicaciones existentes en dicha época en Lima y Callao, y a nivel nacional, respectivamente- se estableció en 1994 el denominado régimen de desmonopolización progresiva. Según este régimen, los servicios de telefonía fija local y de portador de larga distancia quedaron sujetos a un monopolio temporal de 5 años a favor de la empresa que ganara el proceso de privatización²⁵.

De este modo, durante los primeros 5 años la entrada de otros operadores para prestar los servicios de telefonía fija local y de portador de larga distancia quedó prohibida, pudiendo ingresar únicamente en los demás servicios que quedaron en régimen de libre competencia, tales como los servicios de telefonía pública, telefonía móvil o televisión por cable. El monopolio temporal estaba previsto desde junio de 1994, momento en que inició operaciones la empresa que ganó el proceso de privatización²⁶, hasta fines de junio de 1999²⁷. No obstante, solo duró hasta 1998,

²² Sobre el conjunto de normas que configura la regulación de telecomunicaciones puede verse: ZEGARRA, Diego, Servicio Público y Regulación: Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú (Lima, Palestra Editores, 2005).

²³ Artículo 128 del RLT.

²⁴ Artículos 57 de la LT, y 206 y 209 del RLT. Para organizar su utilización, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones atribuye las bandas de frecuencias del espectro a determinados usos (servicios) y luego asigna a los operadores porciones de dichas frecuencias para su utilización en la prestación del servicio correspondiente dentro de un área geográfica determinada.

²⁵ Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, Ley 26285 (en adelante Ley de Desmonopolización Progresiva).

²⁶ En febrero de 1994 se llevó a cabo el proceso de subasta de acciones de CPT y de Entel, resultando ganadora la oferta del consorcio encabezado por Telefónica Internacional de España. Luego de suscribirse los respectivos contratos de concesión, el nuevo operador inició sus actividades en junio de 1994. Entre fines de 1994 e inicios de 1995 CPT absorbió a Entel y un año después cambió su denominación social a Telefónica del Perú S.A. OSIPTEL, Memoria Anual 1998, Cinco Años en el Mercado de las Telecomunicaciones (Lima, Mercados Consultora y Publicaciones S.A., 1999), pp.19-20.

²⁷ El monopolio temporal fue otorgado para que Telefónica llevara a cabo el rebalanceo tarifario dejando de lado el esquema de subsidios -de las tarifas de larga distancia a las tarifas de telefonía fija-, de modo que los precios de los servicios respondieran a sus costos efectivos de provisión. Junto con ello la empresa debía cumplir diversas metas de expansión, modernización y calidad de los servicios otorgados en concesión. El rebalanceo y las metas previstas se cumplieron entre 1997 y el primer semestre de 1998, y en ciertos casos habrían sido ampliamente superadas. OSIPTEL. Memoria Anual 1997, los Usuarios y las Telecomunicaciones (Lima, Mercados Consultora y Publicaciones S.A., 1998), pp. 47-50. OSIPTEL. Memoria Anual 1998, Op. Cit., pp. 33-34.

pues el Grupo Telefónica solicitó que su finalización se adelantara un año.

Como producto de la libertad de entrada antes indicada la empresa que ganó el proceso de privatización también comenzó a prestar los servicios sujetos al régimen de competencia. En efecto, el Grupo Telefónica no solo pasó a controlar la red de telefonía fija más grande del Perú (a la cual se encuentran conectados más del 95% de abonados) y a tener la red de larga distancia; sino que también incursionó en el servicio de telefonía pública con la red más grande (por ejemplo, en Lima ha registrado por lo general aproximadamente el 90% de teléfonos públicos). Asimismo, a través de empresas vinculadas, el Grupo Telefónica presta servicios de telefonía móvil (teniendo una importante cuota del mercado), servicios de televisión por cable (en las principales ciudades del país y siempre con las más elevadas participaciones), servicios de Internet (encontrándose entre los principales proveedores del mismo), entre otros²⁸.

Dada la forma en que se ha estructurado esta industria, los otros operadores también han buscado incursionar en varios servicios a la vez. Así, por ejemplo, el Grupo conformado por Claro-Telmex participa en la actualidad en la prestación de servicios de telefonía fija y de larga distancia (aunque en menor escala que el Grupo Telefónica), servicios de telefonía móvil (en abierta competencia con el Grupo Telefónica), servicios de televisión por cable (a través de la reciente compra de un operador importante de este servicio) e Internet. No obstante, en la prestación de varios de estos servicios los operadores en competencia deben recurrir a insumos que controla el Grupo Telefónica.

En efecto, la industria de telecomunicaciones es un mercado de transporte de señales que no son necesariamente producidas por los operadores de telecomunicaciones, sino por el propio usuario final a través de su voz (que es transportada vía los servicios de telefonía fija, telefonía pública o telefonía móvil) o por terceras empresas productoras de contenidos tales como señales de vídeo (que son transmitidas a través de servicios de difusión) o información y datos albergados en páginas web (que son a su vez transportadas vía Internet). En este mercado de transporte de señales algunos operadores controlan insumos necesarios para ofrecer otros servicios de telecomunicaciones, lo que genera que los otros operadores requieran los servicios intermedios de los primeros, que pueden resultar esenciales para el proceso competitivo aguas abajo.

Un ejemplo son los servicios de larga distancia y el acceso a la red de telefonía fija. Salvo que los operadores de servicios de larga distancia en competencia con el incumbente decidan extender una red propia con nuevas conexiones a todos los usuarios -incurriendo en la inversión que ello involucraría-, buscarán acceder a los usuarios a través de las redes de telefonía fija ya extendidas. Así, el acceso a la red fija más grande se convierte en un insumo para proveer servicios de larga distancia, pues los operadores estarán interesados en acceder a dicha red para ofrecer sus servicios al conjunto de potenciales usuarios de llamadas de larga distancia que se encuentran conectados a la mencionada red fija. La conexión física al usuario final a través de la red fija se considera un segmento con características de monopolio natural por los elevados costos de duplicar

²⁸ Puede revisarse en qué medida participa el Grupo Telefónica en los mercados antes indicados en el siguiente documento: OSIPTEL, Las Telecomunicaciones en el Perú, Mercados de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Lima, 2004).

esta infraestructura, por lo que se ha venido a llamar la “última milla” para acceder al usuario²⁹. Si el operador de esa red fija también participa en el mercado de larga distancia, adquiere una posición privilegiada frente a sus competidores en este último mercado.

De acuerdo con lo antes señalado queda claro que el diseño regulatorio de la industria de telecomunicaciones peruana es uno de I.V., en el que la empresa incumbente, que cuenta con la mayor red fija del país (y que puede considerarse insumo esencial en algunos supuestos), también participa en las actividades sujetas a competencia.

3.2. Regulación derivada de un diseño con I.V.

La regulación del sector de telecomunicaciones se ha concentrado en gran medida en definir reglas para impedir que se cometan prácticas anticompetitivas y para impulsar la competencia en el mercado. De otro lado, la regulación de tarifas no se aplica a todos los operadores sino únicamente al operador ganador del proceso de privatización y además solo para algunos de sus servicios. Adicionalmente, esta regulación se sustenta en buena parte en tarifas tope ajustadas por un factor de productividad que refleja las eficiencias productivas que puedan lograrse.

En cuanto a las medidas para evitar prácticas anticompetitivas contempladas en el modelo regulatorio inicial, puede mencionarse en primer lugar la obligación de llevar contabilidades separadas. Si bien se permitió la I.V. también se buscó que los

costos de cada actividad estuvieran individualizados para identificar potenciales prácticas de subsidios cruzados entre los servicios con características de monopolio natural y los servicios competitivos³⁰. Asimismo, se prohibió expresamente en la regulación del sector que los operadores incurrieran en prácticas concertadas o actos de abuso de posición de dominio³¹.

Igualmente, se reguló el denominado principio de neutralidad según el cual el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene posición dominante en el mercado, está obligado a no aprovechar dichas situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, valiéndose de prácticas restrictivas de la competencia³². Adicionalmente, se contempló la prohibición de que los operadores aplicaran en sus relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que crearan situaciones desventajosas entre competidores³³.

Junto a ese tipo de medidas, también se utilizaron otras fórmulas indirectas para impulsar mayor competencia entre los operadores de los servicios no sujetos a monopolio temporal. Así, la regulación del sistema de tarifas del mercado de servicios móviles permitió que operadores obtengan importantes recursos para financiar una agresiva competencia en los servicios ofrecidos al usuario final. En efecto, en 1996 se introdujo el sistema de tarifas denominado “el que llama paga”, según el cual no pagaba quien recibe la llamada sino

²⁹ Cabe mencionar que este postulado viene siendo cuestionado por la aparición de nuevas formas de acceso inalámbrico -es decir sin utilizar un medio físico- al usuario final, tales como los sistemas satelitales.

³⁰ Artículos 37 de la Ley de Telecomunicaciones y 232 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

³¹ Artículos 6 de la LT y 6 del RLT.

³² Artículo 11 del RLT.

³³ Artículo 71 de la LT.

quien la origina, sea un abonado de telefonía fija o un abonado de telefonía móvil. Adicionalmente, se atribuyó al operador móvil la potestad de establecer el precio de las llamadas originadas en teléfonos fijos con destino a abonados de su red³⁴. Como consecuencia del sistema “el que llama paga” este mercado adquirió un creciente dinamismo en términos de incremento del número de usuarios (nuevas líneas conectadas) y de minutos cursados hacia las redes móviles. Junto a ello, con la atribución de fijar las tarifas fijo-móvil los operadores móviles pudieron incrementar sus recursos y así financiar promociones para competir más agresivamente en el ofrecimiento de servicios al usuario final.

De otro lado, en lo que respecta a la regulación de tarifas finales, se estableció que los servicios públicos de telecomunicaciones que pueden ser objeto de regulación tarifaria son los servicios portadores, finales y de difusión, mientras que los servicios de valor añadido deben regirse siempre por las reglas de oferta y demanda³⁵. Además, existe un doble régimen en materia de tarifas: (i) el régimen supervisado según el cual los operadores fijan libremente sus tarifas debiendo comunicarlas al OSIPTEL y publicarlas en medios de comunicación masiva³⁶, régimen que se aplica a la mayoría de servicios y operadores que actúan en el mercado; y (ii)

el régimen regulado que se aplica cuando así lo ordene el respectivo contrato de concesión, cuando no existan condiciones de competencia efectiva en el mercado, o cuando exista un operador dominante³⁷, régimen que se ha aplicado hasta ahora sólo a Telefónica del Perú según lo previsto en su contrato de concesión.

Los servicios de Telefónica del Perú sujetos a regulación de tarifas se dividen en dos categorías: los de la Categoría I tienen un régimen de tarifas tope ajustadas según el factor de productividad y los de la Categoría II se rigen por tarifas máximas fijas³⁸. Los servicios incluidos en la Categoría I son los de telefonía fija local y de larga distancia -es decir los mismos que fueron objeto del monopolio temporal-subdivididos en tres canastas³⁹ para efectos de la aplicación del factor de productividad⁴⁰. Los servicios incluidos en la Categoría II son, entre otros, las llamadas locales y de larga distancia nacional e internacional originadas en teléfonos públicos; el arrendamiento de circuitos; los servicios de telefonía fija local en áreas rurales, etc.⁴¹

Tal como se advierte, la regulación peruana del sector telecomunicaciones hace énfasis en medidas de protección o de promoción de la competencia, esfuerzo que se ha visto multiplicado posteriormente,

³⁴ Resolución 005-96-CD/OSIPTEL (27.02.96), Sistema de Tarifas aplicable a las comunicaciones cursadas entre usuarios de los servicios de telefonía fija y de telefonía móvil celular.

³⁵ Artículo 67 de la LT.

³⁶ Artículos 9.1, 11, 12, 14 y 15 de la Resolución 060-2000-CD/OSIPTEL (0112.00), Reglamento General de Tarifas (en adelante Rgto. Tarifas), modificado por la Resolución 048-2002-CD/OSIPTEL (19.08.02).

³⁷ Artículos 9.2, 32 y 33 de la Resolución 060-2000-CD/OSIPTEL (0112.00), Reglamento General de Tarifas (en adelante Rgto. Tarifas), modificada por la Resolución 048-2002-CD/OSIPTEL (19.08.02).

³⁸ Cláusula 9.01 del Contrato de Concesión de Telefónica del Perú S.A.A., aprobado mediante Decreto Supremo 11-94-TCC, y modificado a través del Decreto Supremo 021-98-MTC (en adelante Contrato de Concesión de Telefónica).

³⁹ Cláusula 9.02 c) del Contrato de Concesión de Telefónica. Las tres canastas son: (i) canasta C - cargo único por instalación de una línea telefónica; (ii) canasta D - conexión de servicio de telefonía fija local, cobrado a través de una renta mensual, y llamadas locales; y (iii) canasta E - llamadas de larga distancia nacional e internacional.

⁴⁰ Anexos 3 y 4 del Contrato de Concesión de Telefónica. De acuerdo con la fórmula de tarifas tope, el factor de productividad se aplica al promedio ponderado de las tarifas de los elementos que componen una determinada canasta de servicios, de forma tal que la empresa puede, por ejemplo, reducir la tarifa de renta mensual y subir la tarifa de llamadas telefónicas locales, en el caso de la Canasta D, siempre que el promedio ponderado de dichas tarifas no exceda el tope establecido

⁴¹ Cláusula 9.01 del Contrato de Concesión de Telefónica.

como se explicará más adelante. Este enfoque parece encontrar su lógica en el hecho de que la I.V. puede elevar la probabilidad de prácticas anticompetitivas, pues la empresa con mayor participación de mercado y que controla uno de los medios de acceso al usuario final más relevantes (red fija local que incluye la “última milla”), tiene mayores posibilidades e incentivos para excluir a sus rivales en los mercados relacionados⁴². De otro lado, la regulación no es tan intensiva en aspectos como la fijación de tarifas, que se aplica con carácter asimétrico a la empresa considerada dominante y utilizando en buena parte la lógica de tarifas tope con factor de productividad, que reconoce las posibles ganancias de eficiencia que pudieran derivarse, por ejemplo, de la I.V.

3.3. Evolución de la regulación del sector de telecomunicaciones

3.3.1. Regulación promotora de competencia

Una vez concluido el período de monopolio temporal, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones definieron los principios y reglas generales que se aplicarían para impulsar la competencia en los servicios que se mantuvieron bajo prestación exclusiva de Telefónica del Perú⁴³. Estos Lineamientos han sido paulatinamente desarrollados a través de diversas regulaciones específicas que en su mayor parte han tenido la finalidad de promover o proteger la competencia.

a) Reglas de interconexión

La interconexión es considerada el principal componente de un marco regulatorio de telecomunicaciones que busca crear condiciones de competencia efectiva. Por ello, es uno de los principales temas objeto de regulación dentro del marco legal peruano de telecomunicaciones. Según la regulación peruana la interconexión está calificada como de interés público, siendo obligatoria para todos los operadores y, además, constituye una condición esencial de los contratos de concesión siendo su incumplimiento causal de caducidad⁴⁴.

La interconexión se define como el conjunto de acuerdos entre los operadores que permite que los usuarios conectados a la red de un operador puedan comunicarse con los que están conectados a la red de otro. Tales acuerdos hacen factible que todas las empresas ofrezcan sus servicios con la seguridad de que sus usuarios podrán comunicarse con aquellos conectados a otras redes. La regulación privilegia los mecanismos de mercado para lograr la interconexión. Las partes cuentan con un período de libre negociación para ponerse de acuerdo sobre los términos aplicables y si tienen éxito deben presentar su contrato al OSIPTEL para su aprobación⁴⁵. Si no se ponen de acuerdo en el plazo previsto, cualquiera de las partes puede solicitar al regulador que emita un mandato de interconexión definiendo las condiciones económicas, legales y técnicas en que se producirá la misma⁴⁶.

⁴² Para un desarrollo sobre el comportamiento típico de empresas de telecomunicaciones verticalmente integradas y multiproducto puede verse INTVEN y Otros, *Telecommunications Regulation Handbook* (World Bank, 2000), InfoDev Program capítulo sobre “Competition Policy”.

⁴³ Decreto Supremo N° 020-98-MTC (05.08.98), sucesivamente modificado a través de los Decretos Supremos N°s 040-99-MTC, 015-2003-MTC, 007-2005-MTC, 009-2005-MTC y 003-2007-MTC.

⁴⁴ Artículos 7 de la LT y 106 del RLT. Artículo 3 de la Resolución 043-2003-CD/OSIPTEL (07.06.03), Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (en adelante Normas de Interconexión). Esta norma no solo consolida el conjunto de reglas originales en materia de interconexión y sus modificaciones, sino que a su vez ha sido sucesivamente modificada por diversas resoluciones del OSIPTEL.

⁴⁵ Artículos 43-50 de las Normas de Interconexión

⁴⁶ Artículos 60-61 de las Normas de Interconexión.

Dos ejemplos muestran la preocupación del regulador peruano por garantizar la interconexión oportuna de las redes. El primero son las normas de interconexión transitoria dictadas al inicio del período de apertura. Como el establecimiento de las primeras relaciones de interconexión estaba demorando, el OSIPTEL estableció un régimen temporal de interconexión a través de líneas telefónicas (las denominadas líneas PRI), para facilitar la entrada de nuevos operadores de larga distancia⁴⁷. Esas normas facultaron a los concesionarios que no hubiesen alcanzado la interconexión definitiva (vía troncales de enlace), a solicitar la utilización de líneas PRI para establecer la interconexión, ya sea que hubiesen recibido una negativa de parte del operador de telefonía local, o cuando hubiese transcurrido determinado plazo desde el inicio de la negociación o desde que se cursó la solicitud de interconexión sin haber celebrado el contrato respectivo⁴⁸.

El segundo ejemplo es más reciente. En este caso el regulador ha dispuesto que el operador a quien se solicita la interconexión debe ponerla en servicio dentro de un plazo máximo de 5 meses desde la solicitud, independientemente de que se haya llegado a un acuerdo o no. Esto como una forma de garantizar la interconexión efectiva pese a los eventuales retrasos que su puesta en funcionamiento pudiera sufrir⁴⁹.

Las reglas de interconexión han dado lugar a una variedad de acuerdos y mandatos de interconexión de naturaleza y

alcances diversos según el tipo de servicios a prestar y las redes a conectar⁵⁰. Esto ha permitido la entrada al mercado de un importante número de operadores y en algunos servicios ha facilitado la recomposición de las participaciones de mercado de las empresas.

b) Reglas para la elección del operador de larga distancia

Los servicios de larga distancia eran los llamados a ser el primer escenario de la competencia en la etapa de apertura. La regulación contribuyó en fomentar la competencia facilitando que los abonados conectados a la red fija de Telefónica del Perú escogieran libremente al operador de larga distancia de su preferencia.

Para tales efectos, en 1999 se estableció el sistema de preselección a través del cual el abonado puede suscribir un contrato con cualquier operador de larga distancia para que le brinde servicios, pudiendo cambiarse luego de proveedor suscribiendo sucesivamente otros contratos de preselección⁵¹. Luego de ello, para dar mayor dinamismo al mercado, en el 2001 se introdujo paralelamente el sistema de llamada por llamada, a través del cual el usuario, sin necesidad de suscribir un contrato, puede elegir entre los diversos operadores de larga distancia en cada llamada que realiza, marcando para ello un código corto de cuatro dígitos que identifica al operador elegido⁵².

A través de esta regulación se redujeron los costos de cambio que podían

⁴⁷ Las líneas PRI tienen 30 canales de alta velocidad con capacidad de transmisión de diversa información (voz, datos, texto e imagen), y se utilizaron como medios de interconexión transitoria considerando la importante capacidad de originación y recepción de llamadas que tenían.

⁴⁸ Resolución N° 014-99-CD/OSIPTEL, Normas Complementarias en Materia de Interconexión.

⁴⁹ Artículo 114 del RLT.

⁵⁰ Sobre la diversidad de acuerdos o contratos de interconexión aprobados, así como de mandatos de interconexión emitidos puede verse: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2732> (visitada el 02 de noviembre de 2007).

⁵¹ Resolución N° 006-99-CD/OSIPTEL, Reglamento del Sistema de Preselección.

⁵² Resolución N° 061-2001-CD/OSIPTEL, Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada en el Servicio de Portador de Larga Distancia.

inhibir al usuario a trasladarse a operadores de servicios de larga distancia distintos a los ofrecidos por la división de larga distancia de Telefónica del Perú. Con ello se ha producido un gran dinamismo en este mercado, lo que incluye la reducción significativa de precios, el continuo lanzamiento de promociones y el crecimiento del tráfico cursado.

c) Reglas adicionales para la competencia entre operadores de larga distancia

Las reglas para que el usuario elija a su proveedor de servicios de larga distancia han sido complementadas con otras regulaciones dirigidas a facilitar la entrada y permanencia de los operadores de larga distancia competidores de Telefónica del Perú, obligándola a compartir con ellos el uso de activos o bienes utilizados en la prestación de servicios de telefonía fija.

Por ejemplo, se estableció la obligación de dicha empresa de ofrecer servicios de facturación y cobranza a los operadores de larga distancia, utilizando para ello los sistemas existentes para cobrar por los servicios de telefonía fija, tal como los ofrecía a su propia división de larga distancia⁵³. Asimismo, más recientemente se estableció la obligación de las empresas operadoras de redes de telefonía fija de compartir con los operadores interesados la información de tráficos y demás relativa a los servicios de larga distancia prestados a sus abonados⁵⁴.

Estas normas buscaron reducir los costos que pudieran enfrentar los nuevos

operadores para negociar con la empresa titular de la red de telefonía fija más grande el acceso a determinados activos que ésta ofrecía a su división de larga distancia. El objetivo final declarado de estas normas era reducir tales costos para facilitar así la competencia y evitar formas de discriminación.

d) Reglas de imputación tarifaria

Adicionalmente a las normas promotoras antes comentadas, en el 2004 también se dictaron normas para la protección de la competencia en el mercado de servicios de larga distancia. En particular se estableció la denominada prueba de imputación tarifaria⁵⁵. El supuesto de esta norma es que, en cumplimiento de las normas contra subsidios cruzados, discriminación y desigualdad de acceso, un proveedor dominante de servicios verticalmente integrado se encuentra prohibido de cobrarse a sí mismo precios menores por el uso de instalaciones esenciales de la red de telefonía fija que los precios que cobra por el uso de esas mismas instalaciones a sus competidores del mercado de larga distancia.

La prueba de imputación se aplica para verificar el respeto de tal prohibición. Esta prueba consiste en sumar el precio que el operador dominante cobra a sus competidores de larga distancia por el uso de la instalación esencial (en tanto se desconoce el valor que se cobra a sí mismo), los costos en que incurre el operador dominante para comercializar sus servicios de larga distancia, y los impuestos respectivos; luego se compara el valor

⁵³ Resolución N° 062-2001-CD/OSIPTTEL, Normas sobre facturación y recaudación para el servicio portador de larga distancia bajo el sistema de llamada por llamada.

⁵⁴ Resolución N° 004-2004-CD/OSIPTTEL, Regulan obligación de los operadores de telefonía local de proporcionar información a los operadores de larga distancia.

resultante con el precio de venta final que cobra el operador dominante por el servicio de larga distancia. Si este último precio es menor que la suma antes señalada se presume que no se cumplió la prueba de imputación y, en consecuencia, que hay una violación de la prohibición antes señalada⁵⁶.

Recientemente, el OSIPTEL ha emitido una norma que regula con carácter general la aplicación de la prueba de imputación a cualquier servicio en el que una empresa verticalmente integrada ofrezca un insumo esencial a sus competidores en un mercado relacionado. Esta norma ha dispuesto que inicialmente la prueba de imputación se aplique a los servicios de larga distancia nacional, sin perjuicio de poder ampliar posteriormente los servicios sujetos a dicha prueba⁵⁷.

Según se advierte, la imputación tarifaria tiene por finalidad proteger la competencia de posibles prácticas de discriminación en la provisión de insumos esenciales para un segmento de servicios de telecomunicaciones competitivo.

3.3.2. Otras manifestaciones regulatorias vinculadas a la competencia

El carácter prioritario de la promoción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones también se ha puesto de manifiesto en la aplicación de otras normas cuyo objetivo primario no era necesariamente el mencionado.

Así, por ejemplo, en años recientes el OSIPTEL se ha planteado como objetivo la revisión de diversos cargos que cobran los

operadores por el acceso a sus redes o a determinadas facilidades de red. Considerando que el acceso y uso de redes constituye un insumo para la prestación de servicios a los usuarios finales, uno de los principales argumentos en los que el regulador ha sustentado el proceso de revisión de cargos es la importancia de que los mismos se establezcan en función a costos, para facilitar así la competencia efectiva en el mercado de servicios finales.

Tal ha sido el caso de la fijación de cargos de terminación de llamadas en redes móviles. En julio del 2004 el OSIPTEL decidió revisar de oficio el valor de los cargos que venían siendo libremente negociados por las partes, para determinar si correspondía regularlos⁵⁸. Luego del procedimiento respectivo, el OSIPTEL decidió establecer cargos tope, fijando cargos diferenciados en función de los costos específicos de terminación de una llamada en cada red móvil⁵⁹. Cabe señalar que los cargos tope fijados son bastante menores que los que previamente habían pactado las partes. Dado que los ingresos provenientes del cobro de estos cargos libremente pactados era otra de las fuentes que permitía a los operadores móviles financiar una competencia agresiva en el mercado de servicios finales, el regulador optó por aplicar la reducción de cargos de manera gradual durante cuatro años consecutivos, de manera que no afectara de forma inmediata la competencia por precios y condiciones de venta de los servicios de telefonía móvil.

Otro ejemplo ha sido la forma en que se ha aplicado e interpretado los alcances

⁵⁶ Resolución N° 044-2004-CD/OSIPTEL, Procedimiento para la Aplicación de Pruebas de Imputación Tarifaria. La aplicación de esta norma dio lugar a diversas complicaciones prácticas y fue criticada por no dar los resultados esperados y por ser innecesaria dentro de un mercado altamente competitivo.

⁵⁷ Resolución N° 049-2006-CD/OSIPTEL, Reglamento de Imputación Tarifaria.

⁵⁸ Resolución N° 052-2004-CD/OSIPTEL, Procedimiento de Oficio para la Fijación del Cargo o Cargos de Interconexión Tope por Terminación de Llamadas en las Redes de Servicios Móviles.

⁵⁹ Resolución N° 047-2005-CD/OSIPTEL, Fijación del Cargo de Interconexión Tope por Terminación de Llamadas en las Redes de Servicios Móviles.

del sistema de aprobación previa de transferencias de concesiones y de asignaciones de espectro radioeléctrico. Según el marco legal las concesiones y asignaciones de espectro solo pueden transferirse si se obtiene la aprobación previa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC). El MTC puede denegar la aprobación considerando, entre otros aspectos, que el Estado fomenta la libre competencia y regula el mercado para controlar efectos de monopolio o evitar prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia⁶⁰.

Las normas no señalan de forma expresa que el análisis para la referida aprobación deba enfatizar los aspectos de competencia o que se pueda otorgar la autorización con cargo a que el solicitante cumpla determinadas condiciones que garanticen las condiciones de competencia en el mercado. No obstante, el OSIPTEL y el MTC han interpretado que la aplicación de dichas normas conlleva ese tipo de análisis y faculta para imponer condiciones protectoras de la competencia. En efecto, el OSIPTEL ha definido que el análisis que debe llevarse a cabo para la evaluación de estas solicitudes es similar al que realizan las autoridades de defensa de la competencia bajo los sistemas de control de concentraciones empresariales, evaluando si las concentraciones notificadas pueden tener efectos anticompetitivos en el

mercado⁶¹. Por su parte, el MTC ya ha autorizado transferencias de concesiones y de asignaciones de espectro radioeléctrico imponiendo al solicitante diversas condiciones protectoras y promotoras de la competencia⁶².

Un ejemplo adicional está relacionado con la eliminación del requisito de contar con una concesión para cada uno de los servicios que se ofrece, estableciéndose que el MTC otorgará una concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo necesario únicamente que los operadores informen al MTC los servicios que van a brindar previamente a su prestación efectiva, para que los inscriba en el registro correspondiente⁶³.

Esta norma fue la respuesta al fenómeno de convergencia de redes y servicios de telecomunicaciones que se viene haciendo cada vez más tangible en la industria y que modifica las estrategias de negocios de las empresas operadoras⁶⁴. La regla de concesión única refuerza la posibilidad de que exista I.V. en la industria, en tanto que ahora resulta más fácil para los operadores incursionar en nuevos y más modernos servicios de telecomunicaciones bastando para ello que lo comuniquen al MTC, sin requerir un permiso adicional de su parte.

⁶⁰ Artículos 6 de la LT, y 119 y 122 del RLT.

⁶¹ Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL, Metodología de análisis para la evaluación del impacto de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro sobre las condiciones de competencia en los servicios públicos de telecomunicaciones; Documento de Trabajo N° 001-2007 (marzo 2007). Ver: http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=0&P=/OsiptelDocs/GRE/SERV_EMPRESAS/files/DocTrabajoGRE-%20transferencia%20de%20concesiones-%20U.V.pdf (visitada el 06 de noviembre de 2007).

⁶² Al respecto puede verse el conjunto de condiciones impuestas en la Resolución Viceministerial 160-2005-MTC/03, Procedimiento de transferencia de concesiones de Telefónica Móviles S.A.C. a Comunicaciones Móviles del Perú S.A. (Ex Bellsouth Perú S.A.).

⁶³ Ley N° 28737, Ley que establece la Concesión Única para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (mayor de 2006).

⁶⁴ La convergencia se manifiesta en la capacidad de las plataformas de red para transportar diversos servicios por la misma vía (por ejemplo la opción denominada "triple play" que ofrece conjuntamente los servicios de transmisión de voz, Internet y televisión), así como en el surgimiento de aparatos terminales que individualmente permiten el acceso simultáneo del usuario a distintos servicios (por ejemplo los teléfonos móviles de tercera generación que permiten hacer llamadas, acceder a Internet y ver televisión).

A su vez, la concesión única incrementa las opciones de que los operadores diseñen ofertas de servicios empaquetados para los usuarios finales, dada la complementariedad y costos comunes existentes en la industria. Si bien la venta empaquetada de servicios puede resultar en beneficio de los usuarios, al ser probable que reciban el conjunto de servicios a un precio menor que si los adquirieran por separado, también puede dar lugar a nuevas modalidades de prácticas anticompetitivas, tales como subsidios cruzados entre servicios o precios predatorios ocultos. La respuesta regulatoria frente a este nuevo riesgo ha sido someter a revisión las ofertas de los operadores en las que se ofrezcan servicios de forma conjunta⁶⁵.

Finalmente, así como la posibilidad de prácticas anticompetitivas impulsa la creación de nueva regulación en el sector de telecomunicaciones, la existencia de condiciones de competencia también es tomada en cuenta para reducir la regulación existente. Al respecto, el marco legal del sector prevé que de existir regulación tarifaria en los servicios portadores, finales y de difusión, la misma puede ser eliminada cuando las condiciones de competencia garanticen precios razonables para el usuario. Es decir, el OSIPTEL tiene la facultad de desregular el mercado⁶⁶.

Considerando esto, a inicios del año 2007, el MTC estableció que se seguirá la tendencia a desregular todos los servicios

que reflejen condiciones de competencia efectiva y dentro de esa línea señaló que el OSIPTEL iniciaría el proceso de desregulación del servicio de larga distancia⁶⁷. Producto de esta iniciativa, el OSIPTEL ha publicado recientemente para comentarios una propuesta para suprimir la regulación de tarifas tope para los servicios de larga distancia nacional e internacional, tomando en cuenta para ello los niveles de competencia alcanzados en dicho segmento del mercado⁶⁸.

3.3.3. Prácticas anticompetitivas y regulación derivada

Una característica relevante de la industria de telecomunicaciones peruana es que se ha denunciado un número considerable de prácticas anticompetitivas supuestamente cometidas por el operador dominante. Como parte del análisis para establecer la posición de dominio de la empresa denunciada o para evaluar sus incentivos para excluir a los rivales se ha tomado en cuenta la I.V. que existe⁶⁹. Algunos de los procedimientos seguidos han dado lugar a que posteriormente se adopte regulación específica para evitar que las mismas prácticas vuelvan a ocurrir, tratando de controlar así el poder de mercado derivado de la I.V. y neutralizando los incentivos que pudieran generarse para restringir la competencia.

En efecto, entre 1994 y el año 2005 el OSIPTEL ha conocido 27 casos de infracciones a las normas de libre

⁶⁵ Resolución N° 016-2007-CD/OSIPTEL, Reglas para la eliminación de la preselección por defecto en el servicio de larga distancia y para la promoción de la competencia.

⁶⁶ Artículos 67 y 68 de la Ley de Telecomunicaciones.

⁶⁷ Artículo 4 de los Lineamientos para desarrollar y consolidar la competencia y la expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, aprobados mediante Decreto Supremo 003-2007-MTC.

⁶⁸ Resolución de Presidencia N° 167-2007-PD/OSIPTEL, Supresión de la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional a través de tarjetas de pago, servicios de categoría I prestados por Telefónica del Perú S.A.A.

⁶⁹ Al respecto puede verse un mayor detalle en: PHUMPIU, Paul y QUINTANA, Eduardo, Control de Conductas Anticompetitivas en Telecomunicaciones: La Competencia en Disputa; en: Foro Empresarial N° 1 (2007).

competencia en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones⁷⁰. En varios de esos casos se ha declarado fundada la denuncia, incluyendo supuestos como: trato discriminatorio orientado a excluir a un competidor en el mercado de Internet; negativas injustificadas de acceso a redes de postes para instalar cables para el servicio de televisión por cable; contratos de exclusividad que limitaban la posibilidad de distribuir señales con programación de alto rating; y estrategias para incrementar inválidamente los costos del rival congestionando los medios de interconexión transitoria de los competidores. Las multas impuestas por el OSIPTEL por actos de abuso de posición de dominio son considerables, habiendo aplicado la multa más elevada impuesta hasta la fecha en el Perú a una sola empresa por ese tipo de actos⁷¹.

Como se ha comentado, uno de los aspectos de importancia considerados en el análisis de los referidos casos fue la I.V. Por ejemplo, el OSIPTEL ha considerado que la I.V. del Grupo Telefónica fortalece su posición de dominio al evaluar la denuncia de una operadora de televisión por cable contra la operadora del mismo servicio que forma parte del Grupo Telefónica. En este caso el regulador entendió que la integración con la empresa dominante en telefonía fija local reducía los costos de

transacción para que las empresas del Grupo Telefónica lograran utilizar las infraestructuras de soporte de dicha empresa y les permitía reducir costos operativos vinculados con actividades comunes tales como puntos de venta o centros de pago de los servicios⁷².

El OSIPTEL también ha considerado los efectos de la I.V. sobre las condiciones de competencia en el mercado de larga distancia al declarar fundada la denuncia de una operadora contra Telefónica del Perú por abusar de su posición de dominio al negarse injustificadamente a permitirle el acceso a facilidades de red inteligente de su red fija local (acceso a la numeración 0-800-5-XXXX) pese a que otorgaba dicho acceso a su propia división de larga distancia⁷³. Adicionalmente, el OSIPTEL ha tomado en cuenta los incentivos anticompetitivos derivados de la I.V. en el caso de una denuncia de un operador de televisión por cable por negativa injustificada de acceso a los postes de Telefónica del Perú. En su pronunciamiento el OSIPTEL señaló que la empresa denunciada podía tener incentivos a obstaculizar la entrada al mercado de los competidores potenciales del operador de televisión por cable que conformaba su mismo grupo empresarial⁷⁴.

Dada la probabilidad de ocurrencia de prácticas anticompetitivas desde un inicio el

⁷⁰ Como se sabe el OSIPTEL es la autoridad encargada de investigar y sancionar las prácticas anticompetitivas en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones según el marco legal: Artículos 69, 76 y 78 de la LT; artículos 5 y 6 de la Ley 26285; artículo 36 de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL; artículos 19 inciso a) y 53 inciso a) del Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM.

⁷¹ Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL, Informe sobre la labor realizada por el OSIPTEL en materia de libre competencia (2006), pp. 2-3. Ver: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=3000&P=%2FOsiptelDocs%2Fgcc%2Fcomunicaciones%5Finstitucionales%2Ffiles%2Fcongreso%2Fopinion%2F133886JAcelInformeProyLeyLibreCompetencia%2Epdf> (visitada el 03 de noviembre de 2007).

⁷² Resolución N° 021-2002-CCO/OSIPTEL, Boga Comunicaciones S.A. contra Telefónica Multimedia S.A.C. por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y precios depredadores.

⁷³ Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la implementación de una estrategia anticompetitiva integral constituida por diversos actos de abuso de posición de dominio e infracciones a la regulación del sector.

⁷⁴ Resolución N° 039-2003-CCO/OSIPTEL, Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A. por negativa injustificada de acceso a postes.

marco regulatorio prohibió directamente algunas de las prácticas que podían tener mayor incidencia en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones. Adicionalmente, en el camino también se han ido prohibiendo por la vía regulatoria prácticas anticompetitivas que han sido sancionadas dentro de procedimientos por infracción a las normas de libre competencia, de manera que al final la regulación sectorial ha pasado a suplantar estas últimas normas⁷⁵.

Adicionalmente, el OSIPTEL ha percibido las limitaciones o vacíos regulatorios que se han hecho tangibles en los procedimientos iniciados por infracciones a las normas de libre competencia. Por ello ha impulsado regulaciones destinadas a superar tales limitaciones o vacíos, con la finalidad de facilitar una mayor competencia. Así, por ejemplo, luego de conocer varios casos relacionados con negativas de acceso a postes para colgar cables para prestar el servicio de televisión por cable, se identificó que una norma que facilitara dicho acceso podía favorecer la entrada de nuevos operadores y la competencia, por lo que el regulador impulsó la emisión de normas sobre uso compartido de infraestructuras de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones⁷⁶.

Según dichas normas, los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones pueden solicitar al titular de postes, ductos, conductos, cámaras, torres y derechos de vía ya existentes, el acceso y uso de dicha infraestructura y derechos para colocar los cables y equipos necesarios para la prestación del servicio correspondiente. Estas normas contemplan un sistema de negociación supervisada similar al de la interconexión, privilegiando el acuerdo de las partes pero contemplando la posibilidad de que el regulador emita un mandato de uso compartido a falta de dicho acuerdo. Para obtener el uso compartido los solicitantes deben acreditar la existencia de una restricción establecida por una autoridad administrativa que le impida instalar en la zona geográfica correspondiente su propia infraestructura⁷⁷.

Un último aspecto que conviene mencionar en materia de prácticas anticompetitivas procesadas por el OSIPTEL hasta la fecha, es que todas ellas involucraban actos de abuso de posición de dominio. Tales procedimientos no han involucrado acuerdos o concertaciones entre competidores. El único caso de este tipo fue una presunta concertación en el mercado de telefonía móvil que fue objeto de una investigación preliminar sin que se identificaran indicios razonables de la existencia de tal infracción como para iniciar un procedimiento al respecto⁷⁸.

⁷⁵ Sobre la tendencia del OSIPTEL a prohibir a través de la regulación prácticas que ya se encuentran proscritas por las normas de libre competencia puede verse nuestro siguiente trabajo: QUINTANA, Eduardo, ¿Es la Política de Competencia Supletoria de la Regulación de Telecomunicaciones?; en: *Ius Et Veritas* 27 (2003), pp. 116-117.

⁷⁶ Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL, Experiencias relevantes de las controversias relacionadas con la prestación del servicios de distribución de radiodifusión por cable, Informe N° 001-2005/GRE (febrero 2005).

⁷⁷ Ley N° 28295, Ley que Regula el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Uso Público, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 009-2005-MTC).

⁷⁸ Resolución 001-2003-CCO/OSIPTEL, de fecha 20 de mayo de 2003, sobre investigación preliminar de presunto acuerdo entre las empresas de servicios de telefonía móvil para retrasar el ingreso a la facturación al segundo.

IV. DISEÑO REGULATORIO DEL SECTOR ELECTRICIDAD

4.1. Estructura de la industria eléctrica

La industria eléctrica peruana está dividida en cuatro actividades⁷⁹:

La generación, que es la producción de la energía eléctrica que se vende al usuario final, mediante el aprovechamiento de distintas fuentes productoras de energía (hidráulica, eólica, nuclear, térmica, etc.).

La transmisión, que es el transporte de la energía eléctrica a través de redes de alta y muy alta tensión, desde las fuentes de generación hacia los puntos de consumo. Las instalaciones de transmisión se dividieron en transmisión principal que permite a los generadores comercializar potencia y energía, y transmisión secundaria que permite a los generadores, a los distribuidores y a ciertos usuarios calificados conectarse al sistema principal de transmisión⁸⁰.

La distribución, que está constituida por el transporte de la energía a través de redes de media y baja tensión, desde los puntos donde termina la transmisión hasta los puntos de entrega a usuarios finales ubicados dentro de áreas urbanas o pobladas.

La comercialización, que involucra las labores de mercadeo y venta de la energía a los usuarios finales así como la facturación y recaudación del pago. La

comercialización pura supone una labor netamente de intermediación, sin contar con infraestructura de producción o transporte de electricidad.

En cuanto a la entrada de los operadores al mercado, se ha previsto un régimen de concesiones y autorizaciones en función del tipo y alcance de las actividades a realizar. En términos generales, el marco regulatorio establece un sistema de libre entrada para la actividad de generación, asumiendo que se trata de un segmento competitivo en el que pueden entrar y operar diversos operadores a la vez.

De otro lado, las actividades de transmisión y distribución presentan características de monopolio natural derivadas de la necesidad de despliegue de redes de transporte que involucran importantes costos hundidos y economías de escala. Por ende la entrada a estas actividades está limitada naturalmente, salvo en lo que corresponde a la transmisión secundaria que puede ser implementada por cualquier agente (no solo generadoras y distribuidoras, sino también los clientes). Conjuntamente con lo anterior, las empresas de transmisión deben dedicarse únicamente al transporte de la energía eléctrica, en tanto que se encuentran prohibidas de adquirirla de las generadoras para venderla a las distribuidoras o directamente a los usuarios finales⁸¹. A su vez, cada distribuidora goza de exclusividad para ofrecer energía a los usuarios finales que se encuentren dentro de su zona de concesión y que consumen menos de 1,000 kilovatios (1 MW)⁸², denominados usuarios regulados.

⁷⁹ Artículo 1 del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE). La LCE ha sido sucesivamente modificada.

⁸⁰ En adelante cuando se haga referencia a la actividad de transmisión entiéndase referida a la transmisión principal, salvo que se indique lo contrario.

⁸¹ Artículo 233 del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo 09-93-EM.

⁸² Artículo 30 de la LCE.

La actividad de comercialización también se considera un segmento competitivo según el marco regulatorio peruano, por lo que en principio existe libre entrada al mismo. No obstante, la figura del comercializador puro no se ha desarrollado en el Perú. Los únicos que comercializan energía eléctrica son las generadoras o las distribuidoras respecto de los grandes consumidores de energía eléctrica que consumen más de 1 MW, denominados usuarios libres, que se encuentran dentro de las zonas de concesión de las distribuidoras (por ejemplo empresas industriales) o fuera de dichas zonas (por ejemplo empresas mineras). Consecuentemente, los usuarios libres pueden ser atendidos indistintamente por cualquier empresa generadora o distribuidora.

En adición a lo anterior, y más relevante a efectos del presente trabajo, el marco legal peruano estableció que las actividades de generación, transmisión y distribución no pueden efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo que la ley lo permita⁸³. Adicionalmente, se ha establecido que las generadoras o distribuidoras no pueden ser propietarias de instalaciones de transmisión principal⁸⁴. Considerando estas prohibiciones legales puede afirmarse que el sector eléctrico peruano presenta una estructura de S.V. de

las actividades, derivada de la prohibición de I.V.⁸⁵.

No obstante, cabe señalar que la referida prohibición era más formal que de fondo, en tanto que lo que se impedía era que una misma empresa tuviera la titularidad simultánea de más de una concesión en las distintas actividades, es decir, que hubiera I.V. a través de un mismo vehículo de inversión. No obstante, esto no impedía, por ejemplo, que empresas formalmente independientes pero que pertenecían al mismo grupo económico obtuvieran individualmente una concesión para cada actividad pudiendo dar lugar así a una situación de I.V. dentro del grupo empresarial⁸⁶.

4.2. Regulación derivada de un diseño con Separación Vertical (S.V.)

La regulación del sector eléctrico se ha concentrado principalmente en la fijación de tarifas de venta de energía a los usuarios regulados y en las compensaciones por acceso y uso de redes calificadas como monopolio natural. Asimismo, la regulación también se ha enfocado en garantizar la coordinación requerida por el sistema eléctrico para efectos de que la cantidad de energía producida calce con los requerimientos de la demanda, a través de la

⁸³ Al respecto, el artículo 122 de la LCE estableció lo siguiente: "Las actividades de generación, de transmisión perteneciente al Sistema Principal y de distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo en los casos previstos en la presente Ley".

⁸⁴ El artículo 3 del Reglamento de la LCE establece lo siguiente: "Ninguna entidad de generación o de distribución podrá mantener la propiedad de un Sistema Secundario de Transmisión, si éste se calificara como parte del Sistema Principal en la revisión cuatrianual a que se refiere el último párrafo del Artículo 132° del Reglamento".

⁸⁵ La regla de S.V. fue implementada en los meses posteriores a la promulgación de la LCE, para la posterior liberalización del sector. Así, en la Quinta Disposición Transitoria de la LCE se estableció lo siguiente: "Las Empresas de Servicio Público de Electricidad que integran los sistemas Centro-Norte (SICN), Sur Oeste (SISO) y Sur Este deberán tomar las medidas legales administrativas y económicas para dividir las actividades de generación, de transmisión y de distribución en empresas independientes, observando las disposiciones que para el efecto dicte el Ministerio de Energía y Minas. Esta medida será efectuada en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendarios, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, con exoneración de todo tributo y derecho que le pudiera ser aplicable".

⁸⁶ Debe precisarse que en los hechos este tipo de I.V. no se produjo.

creación y funcionamiento del denominado Comité de Operación Económica del Sistema – COES.

En cuanto a los precios para los usuarios finales, la regulación contempla un doble régimen según la posibilidad de competencia para el suministro de energía eléctrica. De un lado, se estableció un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia, es decir, para los usuarios libres que pueden ser indistintamente atendidos por generadores o distribuidores; y de otro lado, un sistema de precios fijados por el regulador para aquellos suministros que por su naturaleza lo requirieran, es decir para los usuarios regulados que son atendidos de forma exclusiva por la distribuidora dentro de cuya zona de concesión se encuentran⁸⁷.

El régimen de precios fijados administrativamente para usuarios regulados incluye las ventas de energía de generadores a concesionarios de distribución destinadas al suministro de dichos usuarios, así como las ventas de energía de las distribuidoras a los usuarios regulados⁸⁸. En tales supuestos la regulación es bastante detallada, pues supone que las tarifas de suministro a usuarios regulados reconozca costos de eficiencia⁸⁹, y que se estructuren de modo que promuevan la eficiencia del sector⁹⁰.

Adicionalmente, también se ha previsto que las tarifas y compensaciones por acceso y uso de los sistemas de transmisión y distribución sean fijadas por

el regulador considerando los costos de operación de una empresa eficiente⁹¹. Para estos efectos el regulador define con amplio detalle los costos de inversión en activos y de operación y mantenimiento de las redes en los que debería incurrir una empresa teórica eficiente de transmisión o de distribución y en función de ello establece las tarifas que deben cubrir tales costos más una utilidad razonable⁹².

Junto con la fijación de tarifas, el otro aspecto preponderante de la regulación del sector eléctrico es la coordinación del despacho. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la energía una vez producida no puede ser almacenada, por lo cual resulta necesario que la cantidad de energía que se produce y se introduce al sistema sea idéntica al total de la energía que consumen los usuarios finales, es decir a la demanda del mercado. En tal sentido, si bien la generación y la transmisión se encuentran separadas verticalmente es necesario que ambas actividades sean administradas de tal manera que se garantice que la oferta siempre calce con la demanda, para evitar desabastecimiento o desperdicios de energía. Por ello se regula y supervisa constantemente el proceso de despacho de energía para que funcione en un sistema interconectado que permita la correspondencia entre lo que se produce y lo que se consume.

La energía eléctrica producida por las empresas generadoras que es inyectada al referido sistema interconectado fluye a través de las líneas de transmisión de acuerdo con las leyes de la física, lo que

⁸⁷ Artículo 8 de la LCE.

⁸⁸ Artículo 43 de la LCE.

⁸⁹ Artículo 8 de la LCE.

⁹⁰ Artículo 42 de la LCE.

⁹¹ Artículos 43 y 44 de la LCE.

⁹² En los hechos el costeo efectuado por el regulador no coincide con los costos efectivos en los que incurren las empresas por lo que la fijación de tarifas es objeto de cuestionamiento por parte de estas últimas.

implica que ningún generador puede efectiva y eficientemente dirigir a voluntad su producción hacia un usuario final determinado, es decir, hacia un punto de demanda específico. Por esta razón, las inyecciones de energía de las generadoras se efectúan según el programa de despacho que determina el COES, que es la entidad creada por la regulación para planificar, programar y dirigir eficientemente la operación de las generadoras y transmisoras de modo que la oferta calce con la demanda de energía⁹³.

De otro lado, la regulación del sector eléctrico muestra reglas generales de libre acceso a las redes que corresponden a las actividades consideradas como monopolios naturales. En particular, se ha establecido que las transmisoras se encuentran obligadas a permitir la utilización de sus instalaciones por parte de terceros a cambio de las compensaciones respectivas por su uso, así como a ampliar la capacidad de tales instalaciones si ello fuera necesario trasladando los costos a los terceros interesados⁹⁴. Adicionalmente, se ha definido que las distribuidoras deben permitir el uso de sus redes para que terceros puedan suministrar energía a usuarios libres ubicados en su zona de concesión⁹⁵.

Según se advierte de lo anterior, dada la prohibición de I.V. introducida en el diseño de la industria eléctrica peruana, la regulación se concentró en aquellos segmentos que presentan características de monopolio natural (regulación de tarifas) y en la coordinación del despacho de energía, sin hacer tanto énfasis en establecer salvaguardas competitivas. En efecto, la

regulación no ha previsto medidas interventoras para promover o proteger la competencia, en el entendido de que la separación de actividades ha reducido o neutralizado los incentivos que pudieran tener quienes administran los “cuellos de botella” para limitar el acceso a los mismos por parte de los operadores de actividades competitivas como la generación eléctrica.

4.3. Evolución de la regulación del sector eléctrico

La regulación del sector eléctrico en materia de fijación de tarifas y de coordinación del despacho ha sido objeto de variaciones en el tiempo como producto de las necesidades del sector. No obstante, para los efectos del presente trabajo importa más analizar las modificaciones regulatorias introducidas en relación con aspectos como la estructura de S.V., la comercialización de electricidad para el suministro de usuarios libres, las ventas de energía de generadores a distribuidoras o la congestión de líneas de transmisión.

4.3.1. Flexibilización del esquema de Separación Vertical (S.V.)

El primer aspecto que debe comentarse es que en 1996, es decir a pocos años de definida la estructura del sector eléctrico, se decidió flexibilizar la regla de S.V. de las actividades.

En efecto, en ese año se estableció un sistema de control previo de operaciones de adquisición, fusión o en general de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, en virtud del cual antes de que se lleven a efecto ese tipo de

⁹³ Artículos 39 - 41 de la LCE y artículos 80 y siguientes del Reglamento de la LCE. Debe señalarse que estas normas han sido derogadas y/o modificadas a través de la Ley 28832, tal como se explica más adelante.

⁹⁴ Artículo 33 de la LCE.

⁹⁵ Artículo 34 literal d) de la LCE.

operaciones debe solicitarse la autorización de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI. Con esta norma se introdujo un sistema de control previo para cualquier forma de integración horizontal o vertical entre empresas operadoras del sector eléctrico peruano, quedando el INDECOPI encargado de revisar si las operaciones de concentración propuestas tienen la potencialidad de restringir la competencia en el mercado y en función de ello decidir si autoriza o no dichas operaciones.

Dado que con la norma sobre control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico se creaba la posibilidad de que el INDECOPI autorice que una empresa titular de una concesión para realizar por ejemplo actividades de generación adquiera o se fusione con otra empresa titular de una concesión para realizar actividades de distribución, ya sea de forma directa o si no indirectamente a través del grupo empresarial al que pertenece, resultaba necesario modificar la norma que estableció la S.V. de actividades.

La referida modificación establece que se encuentra prohibido que un mismo titular, o quien ejerza directa o indirectamente su control, realice las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución, salvo que la integración no implique una disminución, daño o restricción de la competencia y libre concurrencia en los mercados de las

actividades mencionadas o en los mercados relacionados⁹⁶.

Con esta modificación se amplió el ámbito de aplicación de la S.V. de actividades, o en otras palabras de la prohibición de I.V., pues la misma no se aplica únicamente a la integración a través de una misma empresa titular de la concesión, como sucedía con el texto de la prohibición anterior, sino que también se extiende a la integración a través de la empresa que controla a las empresas concesionarias de actividades eléctricas. En este sentido, la prohibición de I.V. se hizo más completa, pues incluye los casos en que la misma se produce a través de grupos económicos que controlan varias empresas⁹⁷. Pero lo más relevante a efectos de este trabajo es que si bien se amplió los alcances de la prohibición de integración, acto seguido se estableció que quedan exonerados de la prohibición los actos que no afecten la competencia o la libre concurrencia en el mercado eléctrico.

Luego de esta modificación del diseño regulatorio de la industria eléctrica se han producido importantes casos de I.V. como consecuencia de autorizaciones de concentración de empresas existentes otorgadas por el INDECOPI. En particular, en el año 1999 se produjo la integración de las empresas generadoras EDEGEL S.A., ETEVENSA y Empresa Eléctrica de Piura S.A. con la empresa distribuidora EDELNOR S.A.A. bajo el grupo empresarial Endesa de España⁹⁸.

⁹⁶ Mediante el artículo 13 de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se modificó el artículo 122 de la LCE en los siguientes términos: “Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema Principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley. Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados”.

⁹⁷ Debe agregarse que con la modificación introducida también se incluyó dentro de la prohibición a los actos de integración horizontal que antes no se encontraban prohibidos.

⁹⁸ Resolución 012-99-INDECOPI/CLC, de fecha 03 de diciembre de 1999. Solicitudes de autorización de las operaciones de concentración generadas por la adquisición de acciones de Enersis S.A. por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España y por la adquisición de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile por Enersis S.A.

Posteriormente, en el año 2001 se produjo la integración de la distribuidora Luz del Sur S.A.A. con la generadora Electroandes S.A. bajo el grupo empresarial canadiense PSEG Global⁹⁹.

De esta forma, el la estructura de S.V. del sector eléctrico peruano ha quedado flexibilizada, permitiéndose la I.V. si se comprueba que la misma no afectará la competencia. Hay que señalar que uno de los aspectos que ha tenido en cuenta el INDECOPI en su evaluación para autorizar los casos antes indicados fue la creación de eficiencias a través de la I.V. entre generadoras y distribuidoras.

4.3.2. Regulación de la Integración Vertical (I.V.) en la comercialización de energía

Una de las actividades del sector eléctrico reconocidas por el marco legal es la comercialización de energía para el suministro de los usuarios libres. Las únicas empresas que se encuentran prohibidas legalmente de comercializar energía son las transmisoras. Adicionalmente, la prohibición de I.V. existente no incluye la actividad de comercialización, con lo cual tanto los generadores como las distribuidoras se encuentran en plena libertad de realizar también esta actividad. Pese a su reconocimiento legal, la figura de los comercializadores puros (que no realizan otra actividad en el sector) no se ha desarrollado y las únicas empresas que comercializan electricidad en los hechos son las generadoras y las distribuidoras.

De esta forma, la I.V. de las actividades de generación o de distribución con la de comercialización se encuentra permitida por el marco legal. En el caso de las empresas generadoras resulta fácilmente comprensible que puedan comercializar la energía que producen o que puedan procurar para sus clientes. En el caso de las distribuidoras no sucede lo mismo puesto que existía la opción de mantenerlas solo como transportistas para efectos de que las generadoras atiendan a los usuarios libres ubicados dentro de su zona de concesión, otorgándoles solamente la facultad de venta de energía en exclusiva a los usuarios regulados ubicados dentro de dicha zona. No obstante, el marco regulatorio peruano optó por permitir que las distribuidoras también comercialicen electricidad para atender a los usuarios libres.

Como consecuencia de lo anterior los usuarios libres ubicados dentro de la zona de concesión de una distribuidora usualmente contrataban el suministro con ésta, por resultar un proveedor natural al ser titular de las redes a través de las cuales dichos usuarios recibían el suministro. Además, dados sus niveles de consumo en muchos casos tales usuarios libres no resultaban clientes tan atractivos para los generadores. Consecuentemente, no se registró mucha competencia en el suministro a usuarios libres ubicados en zonas de concesión de distribuidoras¹⁰⁰.

⁹⁹ Resolución 031-2001-CLC/NDECOPI, de fecha 22 de octubre de 2001. Solicitud de autorización de concentración presentada por la empresa PSEG Global Inc. para la adquisición de la empresa de generación de electricidad Empresa de Electricidad de los Andes S.A. - Electroandes.

¹⁰⁰ Ante ello se planteó que la falta de competencia se debía no solo a que las distribuidoras controlaban las redes que eran el medio de acceso a tales usuarios, por lo que cualquier generador que pretendiera atenderlos debía solicitarles el acceso a dichas instalaciones, sino también a que los generadores se veían inhibidos de atender a los referidos usuarios porque para ello tenían que competir con las distribuidoras que también eran sus clientes. Por ello se señaló la necesidad de introducir mayor regulación para facilitar el acceso y uso de las redes de distribución, incluyendo no solo la opción de que la autoridad ordenara el acceso a las redes, sino también que se regularan los cargos de acceso, para promover así mayor competencia en ese segmento del mercado. Gerencia de Estudios Económicos – INDECOPI. Competencia en el mercado de clientes de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios, Documento de trabajo N° 3 (abril 1999).

En dicho contexto, se emitieron normas específicas destinadas a incentivar la competencia y reducir costos de transacción. Tales normas establecieron que los contratos de suministro con usuarios libres debían ser públicos para lo cual se notificarían al OSINERGMIN sus condiciones; adicionalmente, se estableció que en la facturación de dichos contratos se debían diferenciar los conceptos correspondientes a las actividades de generación, transmisión y distribución. Asimismo, se estableció que el peaje por uso de redes de distribución también sería regulado¹⁰¹.

Unos años después se dictó un reglamento específico para fijar las condiciones de uso y acceso a redes de distribución. En esta norma se reguló la posibilidad de que el regulador ordene el acceso a las redes por falta de acuerdo entre las partes a través de mandatos de conexión. Asimismo, se contemplaron diversas medidas para evitar negativas injustificadas de acceso¹⁰², tratos discriminatorios y la imposición de contratar con el distribuidor¹⁰³. El sustento de esta reglamentación fue que se habían

identificado problemas por condiciones discriminatorias de acceso y por la falta de reglas claras y transparentes sobre la responsabilidad por la operación y mantenimiento de las redes¹⁰⁴.

El desarrollo de esta regulación coincidió en el tiempo con la aparición de controversias en materia de acceso a redes de transmisión. Estas controversias se relacionaban de una u otra manera con casos en que los usuarios libres ubicados dentro de zonas de concesión de empresas distribuidoras pasaban a contratar con un generador como nuevo proveedor de energía. En particular, se trataba de casos en que aparentemente las empresas distribuidoras se negaban a permitir el uso de sus redes por parte de los generadores que pretendían suministrar energía a dichos usuarios libres¹⁰⁵.

Es necesario agregar que la regulación de acceso a redes de distribución ha permitido una mayor movilidad en el segmento de suministro a usuarios libres ubicados en zonas de concesión de distribuidoras, habiéndose emitido ya diversos mandatos de conexión.

¹⁰¹ Ley N° 27239 que modificó la LCE (1999) y Decreto Supremo 017-2000-EM que aprobó el Reglamento para la Comercialización de Electricidad en un Régimen de Libertad de Precios y modificó el Reglamento de la LCE. Cabe señalar que se ha manifestado que en vez de reducir costos de transacción e incentivar la competencia estas normas permitieron una mayor intervención del Estado en un ámbito previamente sujeto a la libre negociación de las partes, en tanto que limitaron varios de los aspectos sobre los que las partes podían negociar y además les exigieron hacer públicos sus acuerdos privados; ver SANTIVÁNEZ, Roberto, *Desregulación y Privatización Eléctrica en el Perú, Una Propuesta para Reimpulsar la Reforma* (Lima, 2001), pp. 41-42.

¹⁰² Se prohíbe demorar injustificadamente obras conexión, negar información para estudios de operatividad, requerir equipos o materiales onerosos e injustificados técnicamente para obras de conexión.

¹⁰³ Se contemplan los principios de no discriminación e igualdad de acceso a redes de distribución, se prohíbe la discriminación vía la administración y operación de red; se establece que el punto de conexión debe ser el mejor técnica y económicamente para cliente. También se prohíbe condicionar el acceso a la red de distribución a la suscripción de un contrato de suministro con la distribuidora.

¹⁰⁴ Resolución OSINERG 091-2003-OS/CD, que aprueba el Procedimiento para fijar las condiciones de uso y acceso libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica.

¹⁰⁵ Ver al respecto: Resolución OSINERGMIN N° 008-2003-OS/CC-04-CP, de fecha 14 de febrero de 2003. Reclamación formulada conjuntamente por Duke Energy International Egenor S.A.A. y Moly Cop Adesur S.A., a fin que OSINERG disponga que Luz del Sur S.A.A. permita el acceso a la barra de 10kV de la Subestación Puente. Resolución OSINERGMIN 001-2004-OS/CC-16-MC, de fecha 18 de febrero de 2004. Medida Cautelar presentada por la empresa Trupal S.A. a fin de que se disponga que Hidrandina S.A. proceda a la inmediata reconexión de las instalaciones de Trupal y se abstenga de realizar cualquier maniobra de desconexión de las instalaciones de Trupal o destinada a impedir el suministro de energía eléctrica que Termoselva S.R.L. ha contratado con Trupal.

Según se advierte, la I.V. entre distribución y comercialización fue permitida por el marco legal, pero sin establecer medidas de salvaguarda competitiva. No obstante, con el transcurrir de los años y ante la falta de competencia efectiva, se optó por introducir regulación intensiva para facilitar el acceso y uso de las redes de distribución por los competidores de las empresas distribuidoras. Estas normas constituyen una muestra tangible de regulación promotora de competencia dentro de una industria con una estructura de mercado con S.V. Si bien esto pareciera inconsistente con el tipo de regulación que debería ser la regla en una industria con esa estructura de mercado, en realidad no hace más que confirmar dicha regla, pues se trata de regulación para un segmento de la industria donde se permitió la I.V. y ello parece haber tenido efectos sobre las condiciones de competencia.

4.3.3. Regulación para reducir costos de transacción en el suministro de generadores a distribuidoras

Las distribuidoras están encargadas de suministrar energía a todos los usuarios regulados dentro de su zona de concesión. Este servicio es calificado por la ley como el Servicio Público de Electricidad. En tal virtud, el marco legal les exige tener contratos vigentes con generadoras por los siguientes veinticuatro meses como mínimo, bajo sanción de caducidad de la concesión, para garantizar así el suministro a sus usuarios finales¹⁰⁶.

Con el respaldo de estos contratos las distribuidoras retiran energía del sistema interconectado que administra el COES.

Éste a su vez asigna los retiros de las distribuidoras a los generadores correspondientes y efectúa las liquidaciones mensuales de transferencias de energía que se hubiesen verificado en el sistema, para conciliar la realidad del flujo eléctrico con las relaciones comerciales-contractuales entre generadores y las distribuidoras¹⁰⁷.

Desde fines del 2003 se produjo una severa sequía (la mayor en 10 años), además se incrementaron los precios de los combustibles utilizados para la generación eléctrica y luego se fue produciendo un crecimiento paulatino de la demanda de energía. Estas circunstancias originaron que se ampliara la diferencia entre los costos marginales de corto plazo que se utilizan para valorizar las transferencias de energía que efectúa el COES y la tarifa regulada por el OSINERGMIN como precio para las ventas de energía de generadores a distribuidoras para atender el Servicio Público de Electricidad.

Tal diferencia hizo que los generadores no se interesen por suscribir contratos con las distribuidoras, pues la tarifa regulada aplicable era bastante menor que el precio de transferencias del COES. Así, una vez que fueron concluyendo sus contratos y ante la imposibilidad de renovarlos o de suscribir nuevos contratos, desde el año 2004 las distribuidoras comenzaron a retirar energía del sistema sin el respaldo contractual correspondiente. Por su parte, el COES no podía asignar dichos retiros a generador alguno ya que no había contratos que respaldaran tal asignación.

Frente a ello, el Estado intervino promoviendo un compromiso por parte de

¹⁰⁶ Artículos 34 literal b) y 36 literal f) de la LCE.

¹⁰⁷ Un generador puede contratar con las distribuidoras el suministro de energía en cantidades mayores a las que inyecta al sistema y los otros generadores asumen la energía adicional retirada por esas distribuidoras. Mensualmente el COES determina cuanta energía adicional a la inyectada por un generador fue retirada por sus clientes en función a los contratos suscritos y efectúa las liquidaciones correspondientes para que esa diferencia sea pagada por el primer generador a los que la asumieron.

las empresas generadoras privadas para asumir parte de los retiros sin contratos desde enero a junio del 2004 cobrando la tarifa regulada por el OSINERGMIN¹⁰⁸ y luego emitiendo una regulación específica para que las generadoras estatales asumieran los retiros sin respaldo desde julio a diciembre del 2004 cobrando también la tarifa regulada¹⁰⁹. En esta misma regulación se suspendió la sanción de caducidad de la concesión de las distribuidoras por no contar con contratos vigentes con generadoras por los siguientes veinticuatro meses.

La situación volvió a hacerse crítica en el 2006 cuando Electro Perú S.A. no renovó el contrato que tenía con cuatro empresas distribuidoras estatales (Grupo Distriluz), como consecuencia de un nuevo incremento de los costos marginales del sistema debido al alza del precio internacional del petróleo, manteniéndose la existencia de retiros sin respaldo contractual¹¹⁰.

Nuevamente, el Estado emitió una norma mediante la cual estableció que entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2006, el COES asignaría a las generadoras estatales la totalidad de los retiros sin

respaldo contractual efectuados por las distribuidoras estatales, aplicando la tarifa regulada. Asimismo, se dispuso que el COES asigne entre las generadoras privadas la totalidad de los retiros sin respaldo contractual de la empresa estatal ELECTROSUR S.A. así como de las distribuidoras privadas, aplicando la tarifa regulada¹¹¹.

La intervención regulatoria para enfrentar el problema de retiros de energía sin respaldo contractual es una muestra tangible del carácter de la regulación que suele ser necesaria en industrias en las que se crea una estructura de mercado con S.V. Tal como se ha señalado, en este tipo de industrias los problemas que la regulación debe resolver están relacionados, entre otros, con el incremento de los costos de transacción para la negociación y contratación entre agentes que operan en las distintas actividades. En el presente caso se trata de un problema de costos de transacción que imposibilitaban la celebración de contratos de suministro de generadores a distribuidoras para atender la demanda de los usuarios regulados. Este problema se ha mantenido en el tiempo por lo cual la intervención regulatoria ha sido reiterada¹¹².

¹⁰⁸ Las empresas generadoras de electricidad firmaron un acta de compromiso obligándose a suscribir contratos de suministro con las distribuidoras que no tuviesen contrato vigente para la atención de la demanda de usuarios regulados por un plazo de tres años, así como a renovar hasta la misma fecha aquellos contratos que estuvieron vigentes hasta el primero de enero de 2005.

¹⁰⁹ Decreto de Urgencia 007-2004. Resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la existencia de empresas concesionarias de distribución sin contratos de suministro de electricidad (vigente desde el 21 de julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2004). Adicionalmente, la Primera Disposición Transitoria de la Ley 28447 amplió la suspensión de la caducidad de la concesión por no tener contratos vigentes, hasta el 31 de diciembre de 2007.

¹¹⁰ En el artículo titulado "Desacuerdo entre operadores genera crisis en sector eléctrico" (El Comercio, 01 de marzo de 2006) se señalaba lo siguiente: "La falta de contratos en que incurrieran las empresas distribuidoras de electricidad para comprar energía podría generar una nueva crisis en el sector eléctrico similar a la afrontada hace dos años. Electro-Perú decidió no renovar los contratos de suministro eléctrico a las empresas de distribución Hidrandina, Electronoroeste, Electrocentro y Electronorte, y a ellos se sumaría la no renovación, por parte del mismo generador, a Luz del Sur, cuyo contrato vence en octubre. (...) ¿Por qué Electro-Perú no quiere renovar contrato con las distribuidoras? Según Gutiérrez, el precio del mercado marginal está subiendo en los últimos meses por encima del precio regulado. Entre las razones de este incremento se encuentra la escasez de agua (...) Lo que significaría que electro-Perú no querría asumir riesgos y esté trasladando la factura a los demás operadores del sector".

¹¹¹ Decreto de Urgencia 035-2006. Resuelve contingencia en el mercado eléctrico originada por la carencia de contratos de suministro de electricidad entre generadores y distribuidores.

¹¹² Para otra perspectiva interesante sobre el problema de falta de suministro de generadores a distribuidoras puede verse GARCÍA, Raúl "¿Por qué no Firman Contratos los Generadores con las Distribuidoras de Electricidad?"; en: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 62 año XXI (Diciembre 2006).

Más recientemente se ha optado por una solución regulatoria que apela a esquemas de competencia por el mercado, en vez de soluciones regulatorias temporales como las que se han descrito en líneas previas. En efecto, se ha establecido la obligación de las distribuidoras de realizar procesos de licitación de su demanda de energía con tres años de anticipación, a fin de dar tiempo suficiente para la implementación de nuevos proyectos de generación, de modo que puedan competir en la licitación nuevos operadores ofreciendo precios de venta a valores de mercado¹¹³.

Además de las licitaciones con 3 años de anticipación, también se ha buscado solucionar el problema de la falta inmediata de contratos para las distribuidoras a través de licitaciones para el abastecimiento inmediato. No obstante, las licitaciones que se han venido llevando a cabo no han tenido el resultado esperado. Ello se ha debido, de un lado, a ciertas limitaciones derivadas de la propia regulación emitida para llevar a cabo tales licitaciones, como por ejemplo que exigían que los generadores efectúen su oferta de abastecimiento por todo el período requerido por las distribuidoras sin poder hacerlo por períodos menores¹¹⁴. Dado que las distribuidoras no logran aún garantizar su suministro para los próximos años pese a los procesos de licitación que se están

llevando a cabo, se viene comentando de una posible nueva intervención regulatoria para dar solución a este problema¹¹⁵.

4.3.4. Regulación para enfrentar congestiones de transmisión

Según el marco legal vigente, las inversiones en activos de transmisión de electricidad se remuneran considerando el valor nuevo de reemplazo de las instalaciones pagado como una anualidad dentro de un período de vida útil de 30 años. Adicionalmente, la operación de dichas instalaciones se remunera a través del concepto de costos de operación y mantenimiento. El valor de la inversión y los costos de operación y mantenimiento se calculan según un sistema económicamente adaptado¹¹⁶. Esto significa que el valor nuevo de reemplazo es calculado y revisado cada cuatro años por el OSINERGMIN, valorizando no la red de transmisión que existe efectivamente sino una red hipotética adaptada a las necesidades actuales de la oferta de generación y la demanda.

Estas reglas no han sido un instrumento efectivo para atraer nuevas inversiones en la actividad de transmisión, pues la utilización del sistema económicamente adaptado introduce el riesgo de que el valor de la inversión calculado por el regulador difiera

¹¹³ Artículo 5 y siguientes de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (julio 2006). En octubre del 2007 se aprobó el Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad, a través del Decreto Supremo 052-2007-EM.

¹¹⁴ Artículo titulado "Electroperú advierte problemas para abastecer de energía a Edelnor y Luz del Sur. Debido a vacíos en normas que regulan las subastas de energía. Inconvenientes podrían darse desde noviembre de 2009" (Gestión, 04 de octubre de 2007).

¹¹⁵ En un artículo titulado "Posible intervención estatal en el mercado eléctrico: Obligarían a las generadoras a vender energía para salvar crisis" (El Comercio 10 de noviembre de 2007), se señaló lo siguiente: "Las distribuidoras eléctricas no logran comprar la energía que necesitan para abastecer a las ciudades en sus zonas de concesión para los siguientes años. (...) el Gobierno obligaría a las empresas de generación eléctrica que aún no venden energía al mercado regulado (residencial) a contratar con las distribuidoras la energía faltante que asegure el abastecimiento. Y lo haría a través de una norma que modificaría la Ley de Concesiones Eléctricas vigente. (...) esta ley se aplicaría debido a que, hasta el momento, las subastas de energía eléctrica que han convocado tres empresas de distribución (Distriluz, Luz del Sur y Edelnor) han fracasado".

substancialmente del valor real de la inversión, siendo además que dicho cálculo es revisado cada cuatro años. Todo ello genera incertidumbre que hace poco viable la inversión en redes transmisión¹¹⁷. En efecto, la inversión en redes de transmisión ha sido efectuada a través de Contratos-Ley que presentan regímenes especiales en materia de remuneración distintos del de la regulación general previamente comentada.

Tal situación ha dado origen a un problema de coordinación para decisiones empresariales de inversión en transmisión. Ello debido a que si bien la demanda se ha incrementado y por ende se vienen implementando nuevos proyectos de generación para atender los requerimientos de la demanda, esto no ha impulsado de igual forma la inversión en transmisión para incrementar la capacidad de transporte para los mayores volúmenes de energía que serán transados¹¹⁸.

Por esta razón se ha comenzado a presentar congestiones en las líneas de transmisión que impiden que la energía producida a costos más eficientes llegue a

todas las zonas de demanda, siendo necesario que en las zonas no abastecidas se produzca energía con unidades más costosas para atender la demanda local. Las congestiones se vienen presentando en el Perú desde 2006 y ocasionan que la energía menos costosa producida en la zona centro no pueda trasladarse completamente a las zonas norte y sur del país, ocasionando que se despache energía producida a mayores costos en tales zonas.

Ante esta situación, y de forma similar que en el caso del suministro de generadores a distribuidoras, el Estado ha apostado por un esquema de competencia por el mercado a fin de promover la inversión en transmisión. En efecto, se han dictado normas para crear un sistema de licitaciones para proyectos de infraestructura de transmisión de electricidad en virtud del cual la remuneración de las inversiones sea fijada en el proceso competitivo y a través de las ofertas de los postores¹¹⁹. De otro lado, mucho más recientemente, se ha dictado una norma de urgencia para que los mayores costos de producción de las unidades de

¹¹⁷ Mediante Ley N° 28447 se creó una Comisión integrada por representantes del Ministerio de Energía y Minas y del OSINERGMIN para proponer una reforma de la regulación del sector eléctrico peruano que fomentara la generación eficiente de electricidad. Esta Comisión afirmó lo siguiente: "(...) para facilitar la competencia en el segmento de generación es necesario contar con suficiente capacidad de transmisión, ello será posible en la medida que los cargos por transmisión reduzcan la incertidumbre para la recuperación de las inversiones económicamente eficientes. Se prevé reducir en lo posible los factores de incertidumbre relacionados con la regulación de la transmisión. En este sentido, se prevé incorporar el concepto de Base Tarifaria que sustituye la aplicación del concepto de Valor Nuevo de Reemplazo. (...) Considerando que la Base Tarifaria será en lo principal producto de una licitación, se reducirán las complejidades y la incertidumbre para determinar las tarifas que deben pagar los usuarios y las compensaciones que deben recibir los titulares de los sistemas de transmisión". Comisión MEM- OSINERGMIN. Libro Blanco: Proyecto de Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica; ver: <http://www.minem.gob.pe/archivos/dge/legislacion/proyectooley/Volumen1.pdf> (visitada el 02 de noviembre de 2007), pp. 114-115.

¹¹⁸ En el artículo titulado "Cuello de botella: La demanda y oferta eléctrica crecen pero no hay infraestructura de transmisión" (El Comercio, 15 de octubre de 2005), se señalaba lo siguiente: "Si bien este año se realizaron grandes anuncios, varios empresarios se preguntaron si se podía dotar de electricidad a dichos proyectos. Por ejemplo se habla de una demanda adicional de 600 MW en el sur, 20% de la demanda actual de todo el país. Cuatro años atrás, en la misma ciudad las generadoras advirtieron la falta de oferta para cubrir las necesidades futuras de energía. Felizmente, la llegada del gas de Camisea y una mejor remuneración a las empresas alentó el desarrollo de nuevos proyectos (...). ¿Pero cómo se transportará la electricidad? Los proyectos de generación están ubicados muy cerca de Lima (a donde llega el gas), pero las zonas de mayor crecimiento económico, producto de la minería y la agroexportación, están en la costa norte y en la costa sur del país. El sistema de transmisión cuenta con dos grandes líneas que se unen en Lima. El problema es que están llegando a su límite y no están en capacidad de soportar un incremento de carga (electricidad). Y eso ya se ha hecho patente en Trujillo e Ica, razón por la que se requiere la construcción de una segunda línea de transmisión entre Lima y Chimbote (existe una extra entre Chimbote y Trujillo), así como una segunda línea entre la central del Mantaro y Cotaruse (...)"

¹¹⁹ Artículos 22 y siguientes de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (julio 2006). En mayo del 2007 se aprobó el Reglamento de Transmisión a través del Decreto Supremo 027-2007-EM, mediante el cual se regulan los procesos de licitación para proyectos de transmisión.

generación que se despachan en las zonas no abastecidas debido a las congestiones no se consideren para fijar los costos marginales que se utilizan para valorizar las transferencias de energía que efectúa el COES¹²⁰.

Como se advierte, fruto de la S.V. de las actividades la coordinación se tornó más compleja en materia de decisiones organizativas internas de las empresas, pues las transmisoras no encontraban atractivo invertir en la ampliación de la capacidad de sus líneas pese a que los generadores requerían de una mayor capacidad de transporte para atender el crecimiento de la demanda. Derivado de ello se han presentado situaciones de congestión que impiden que los generadores más eficientes inyecten su energía producida a costos más eficientes.

Frente a ello, ha sido necesaria la intervención regulatoria destinada a promover las inversiones en la actividad de transmisión, garantizando para ello una remuneración fijada a través de mecanismos de mercado y, de otro lado, para evitar que el despacho de centrales de generación de mayores costos afecte el valor de la energía en todo el sistema interconectado.

4.3.5. Prácticas anticompetitivas y regulación derivada

En cuanto a la ocurrencia de prácticas anticompetitivas en la industria eléctrica peruana, no se han registrado casos relevantes de denuncias por actos de abuso

de posición de dominio por parte de aquellos operadores que podrían considerarse en dicha posición o con eventuales incentivos a incurrir en dichas conductas, tales como los concesionarios que controlan redes con características de monopolio natural (transmisores o distribuidores) o grupos empresariales que se encuentran integrados verticalmente luego de haber obtenido la autorización respectiva del INDECOPI¹²¹.

Si bien se han producido algunas controversias entre usuarios libres y/o generadores contra distribuidores por negativas de acceso a sus redes o por conductas obstaculización de tal acceso, las mismas se han tramitado por la vía de solución de controversias prevista en la regulación del sector y han sido resueltas por el OSINERGMIN, según se ha comentado previamente.

De otro lado, se presentó el caso de un supuesto acuerdo de boicot entre los generadores miembros del COES para obstaculizar las operaciones de uno de ellos. El INDECOPI admitió la denuncia como un presunto acuerdo entre los integrantes del COES para no aceptar los costos declarados por Termoselva S.R.L. para efectos de definir el orden de despacho de la energía. Según la denuncia, los miembros del COES se habían puesto de acuerdo para no aceptar los menores costos de gas declarados por Termoselva debido a que si los aceptaban esta empresa vendería su energía antes que otros generadores desplazándolos en el orden de despacho¹²².

¹²⁰ Decreto de Urgencia 046-2007, Dictan medidas extraordinarias por congestión en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (publicado en noviembre del 2007).

¹²¹ Si bien han existido algunas denuncias ante INDECOPI sobre supuestos actos de abuso de posición de dominio, las mismas no han sido resueltas sobre el fondo debido a que se trataba de supuestos que ya estaban previstos en la regulación sectorial. Así, por ejemplo, Papeles Napsa S.A. denunció a Edelnor S.A. por abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación debido a que le había negado el suministro eléctrico para instalar paneles publicitarios en la berma central de una avenida, pese a que se lo había dado a una empresa competidora. En este caso el INDECOPI resolvió que no era competente para conocer esta denuncia porque ya era materia de regulación sectorial específica, que contemplaba la obligación del distribuidor de suministrar energía a todo usuario regulado que lo solicitara dentro de su zona de concesión y preveía una sanción por incumplimiento. Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI, de fecha 13 de marzo de 2002.

¹²² Resolución 024-2002-INDECOPI/CLC, de fecha 11 de diciembre de 2002.

Los denunciados manifestaron que el COES decidió no admitir los costos declarados por Termoselva siguiendo los parámetros previstos en la regulación del sector, debido a que eran precios de venta entre empresas vinculadas por lo que eran artificialmente menores. Al final el INDECOPI resolvió declarar improcedente la denuncia debido a que la decisión adoptada por el COES no constituía una decisión de carácter empresarial sino que era una manifestación de ejercicio de potestades administrativas, cuya revisión no se encuentra dentro de las facultades del INDECOPI¹²³.

En tal sentido, puede afirmarse que no se han presentado mayores denuncias por prácticas anticompetitivas y en todo caso la que se admitió no fue por abuso de posición de dominio, sino una relativa a prácticas concertadas entre competidores. Además, los posibles casos de prácticas anticompetitivas por empresas con poder de mercado se habrían dado precisamente en el segmento en que existía I.V. (suministro a usuarios libres en zonas de concesión de distribuidoras). Esto puede considerarse muestra que bajo una estructura de mercado de S.V. no es común la existencia de supuestos abusos por parte de empresas dominantes y que más bien pueden presentarse casos de acuerdos entre competidores para afectar a los entrantes u a otras prácticas de similar naturaleza.

Finalmente, corresponde mencionar que la intervención regulatoria que se ha

dado sobre este particular es la modificación de la estructura institucional del COES. Se ha previsto que además de los miembros que originalmente lo conformaban, es decir, las generadoras y transmisoras, ahora también lo integrarán las distribuidoras y los usuarios libres¹²⁴. Esta modificación busca incrementar el tipo y número de agentes que conforman el COES para darle mayor independencia y transparencia a sus decisiones, lo cual se debe, en parte, a una aparente desconfianza debido a la posibilidad de que al interior del COES se adopten decisiones contrarias a la competencia¹²⁵.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En las secciones previas se ha descrito y comentado con detalle el marco regulatorio de los sectores de telecomunicaciones y energía eléctrica, para identificar la estructura de mercado elegida en cada industria y determinar la relación que existe entre tal estructura y la regulación desarrollada en cada sector.

Como ya se ha explicado, en la industria de telecomunicaciones se optó por permitir la I.V. de las distintas actividades desde la privatización, pues se transfirió al sector privado una empresa que realizaba tanto las actividades con características de monopolio natural como aquéllas de carácter competitivo. Esto determinó que los nuevos operadores también utilicen estrategias comerciales basadas en esquemas de I.V. de actividades. En el 2006

¹²³ Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC, de fecha 19 de mayo de 2004.

¹²⁴ Artículos 12 y siguientes de la Ley 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (julio 2006). La nueva conformación del COES aún no se ha llevado a la práctica debido a que hasta la fecha no se ha dictado el reglamento correspondiente para tales efectos.

¹²⁵ La Comisión encargada de proponer la reforma de la regulación del sector eléctrico peruano para fomentar la generación eficiente de electricidad afirmó lo siguiente para sustentar esta nueva conformación: "El COES debe permitir el libre flujo de la información disponible sobre la operación del sistema entre todos los interesados en participar en el mercado. Debe, asimismo, operar el mercado de corto plazo. Para tal fin, la gobernabilidad del COES actual debe modificarse para lograr una institución independiente de los intereses de cualquier agente particular. Esta independencia permitirá también reducir las barreras de ingreso a nuevos participantes, lo cual redundará en beneficio de la competencia"

se introdujo una modificación importante en la regulación de telecomunicaciones que evidencia una nueva apuesta por el esquema de I.V. En efecto, a través de la Ley de Concesión Única se ha facilitado la posibilidad de que una misma empresa o grupo empresarial ofrezca nuevos servicios de telecomunicaciones sin necesidad de pasar por el filtro de las autoridades del sector.

La regulación del sector telecomunicaciones ha sido consistente con un esquema de I.V., en tanto que ha puesto énfasis desde un inicio en medidas de protección o de promoción de la competencia (prohibición de trato discriminatorio, obligación de contabilidades separadas, etc.). La regulación de salvaguardas competitivas ha sido especialmente profusa luego de la apertura a la competencia de los servicios que quedaron bajo monopolio temporal, particularmente en el caso de los servicios de llamadas de larga distancia que han sido escenario de múltiples intervenciones regulatorias, para facilitar la entrada de nuevos operadores al mercado, así como el cambio de proveedor por parte de los usuarios.

La importancia de la promoción de la competencia en el sector de telecomunicaciones se pone de manifiesto también en regulaciones que si bien tienen otros objetivos primarios también encuentran sustento en la preocupación de las autoridades por garantizar las condiciones de competencia. Esto sucede con la regulación de cargos de acceso a redes, la aprobación de transferencias de concesiones y asignaciones de espectro radioeléctrico, o las propuestas de desregulación tarifaria de servicios en los que existe competencia efectiva.

En materia de prácticas anticompetitivas en el sector de telecomunicaciones, no se ha procesado ni sancionado casos de acuerdos o concertaciones entre competidores, sino que más bien todas las conductas denunciadas y sancionadas han sido casos de abuso de posición de dominio. En tales casos se ha considerado que la I.V. constituye un elemento relevante para determinar la existencia de la posición de dominio o de potenciales incentivos anticompetitivos. Además, los casos en referencia han sido en varias ocasiones motivo para que el OSIPTEL adopte normas específicas para prohibir ex-post por la vía regulatoria las prácticas anticompetitivas identificadas, o si no para controlar el poder de mercado derivado de la I.V. y facilitar la entrada de nuevos operadores (por ejemplo a través de la norma de uso compartido de infraestructuras).

Finalmente, la regulación de telecomunicaciones no ha sido tan intensiva en aspectos como la fijación de tarifas, en tanto que la misma se ha aplicado hasta ahora con carácter asimétrico a la empresa considerada dominante, y además utiliza la lógica de tarifas tope con factor de productividad, por lo que reconoce posibles ganancias de eficiencia que pudieran derivarse, por ejemplo, de la I.V.

En el caso del sector eléctrico se optó por la estructura de S.V. prohibiendo la realización simultánea de actividades de generación, transmisión y distribución por un mismo concesionario. Si bien se trata de una prohibición formal, en tanto que solo impedía la I.V. a través del mismo vehículo de inversión, en los hechos fue suficiente para mantener incólume el esquema de S.V. Posteriormente, este esquema fue flexibilizado con el establecimiento del sistema de control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico, al

contemplarse que quedan libres de la prohibición aquellas integraciones de empresas que no afecten la competencia. Fruto de tal flexibilización se dieron importantes casos de I.V. entre generadoras y distribuidoras. En el 2006 se introdujo una modificación legislativa importante en este sector, la cual hace una apuesta por mecanismos de competencia por el mercado para incentivar la entrada de proyectos de generación y de transmisión, pero sin modificar el esquema de S.V.

La regulación del sector eléctrico también ha sido consistente con un esquema de S.V., puesto que se ha concentrado en los segmentos que presentan características de monopolio natural. Esto es, en la fijación de tarifas de venta de energía a los usuarios regulados y de las compensaciones por acceso y uso de redes de transmisión y de distribución. Pero adicionalmente y más importante, es que la regulación ha jugado un rol preponderante para asegurar o facilitar la coordinación entre las empresas que llevan a cabo las distintas actividades.

En efecto, la regulación ha buscado garantizar desde un inicio la necesaria coordinación que debe existir en el sistema interconectado. A través de la creación y funcionamiento del COES, la regulación ha organizado las relaciones entre generadoras y transmisoras para la adecuada operación del sistema de despacho de energía, de modo que la cantidad producida calce con los requerimientos de la demanda. La regulación también ha buscado reducir costos de transacción para la negociación y contratación entre agentes que operan en las distintas actividades en los casos de retiros de energía por distribuidoras que no contaban con respaldo contractual. Adicionalmente, la regulación ha sido necesaria para enfrentar las complicaciones ocasionadas por la congestión de líneas de

transmisión, que es consecuencia de la falta de coordinación entre generadores y transmisores para motivar inversiones en activos de transmisión.

La regulación del sector eléctrico no se ha concentrado en el establecimiento de salvaguardas competitivas. Si bien se han establecido reglas generales de acceso abierto a las redes con características de monopolio natural, no se ha previsto significativas medidas para promover o proteger la competencia. Ha existido un desarrollo regulatorio importante en materia de reglas de acceso a redes, con miras a proteger la competencia en el suministro a usuarios libres ubicados dentro de zonas de concesión de distribuidoras, pero precisamente ello se debe a que se trata de un segmento en que, a diferencia de lo que ocurre con las otras actividades, se permitió la I.V. de la distribución y comercialización de energía, sin haberse previsto en su oportunidad medidas de salvaguarda competitiva.

Finalmente, en cuanto a prácticas anticompetitivas, el único caso iniciado por la autoridad competente fue el relativo a un supuesto acuerdo entre generadoras, el mismo que luego fue descartado. Adicionalmente, para evitar riesgos de que existan acuerdos entre competidores al interior del COES se ha adoptado regulación que incorpora nuevos agentes con distintos intereses dentro del COES de modo que se reduzca la probabilidad de un acuerdo anticompetitivo. Por otro lado, no se han detectado ni sancionado casos de abuso de posición de dominio. Si bien han existido controversias por obstaculización de acceso a redes de distribución, las mismas han sido tramitadas por la vía regulatoria y se produjeron en el segmento en que existe I.V. de la distribución y comercialización de energía.

A manera de resumen, en el siguiente cuadro se señalan las características de los sistemas regulatorios de los sectores de telecomunicaciones y electricidad:

	TELECOMUNICACIONES	ELECTRICIDAD
Estructura del mercado	Integración vertical	Separación vertical
Regulación de entrada	Monopolio temporal en algunos servicios; luego libre entrada en todos los servicios.	Prohibición expresa de I.V.; luego flexibilización por control de concentraciones.
Regulación de tarifas	Si hay ausencia de competencia; es asimétrica, solo para el operador dominante- Utiliza tarifas tope y aplica el factor de productividad que reconoce ganancias efectivas de eficiencia.	Concentrada en segmentos con características de monopolio natural. Utiliza métodos teóricos de empresa modelo eficiente.
Problemas usuales que se regulan / carácter de la regulación	Neutralizar la capacidad y los incentivos anticompetitivos. Medidas para facilitar entrada de nuevos operadores y cambio de proveedor por los usuarios.	Garantizar la coordinación de agentes que realizan actividades separadas Medidas para reducir costos de transacción y facilitar decisiones de inversión.
Prácticas anticompetitivas usuales o potencialmente más probables	Mayormente abuso de posición de dominio (I.V. es un aspecto de relevancia en el análisis). No son usuales los acuerdos o concertaciones entre competidores.	Potencialmente acuerdos o concertaciones entre competidores. No es usual el abuso de posición de dominio; algunas controversias por obstaculización de acceso a redes pero en el segmento en que se permitió la I.V.
Últimos cambios normativos relevantes	Ley de Concesión Única (2006), facilita la I.V. en un contexto de convergencia de redes y servicios.	Ley de Generación Eficiente (2006), no modifica el esquema de S.V.; promueve la competencia por el mercado en los ámbitos donde se identificaron problemas de coordinación.

La revisión y análisis del diseño regulatorio de los sectores de telecomunicaciones y electricidad pone en evidencia que la regulación se define en gran medida en función de la estructura del mercado elegida para una industria de redes. Cada estructura de mercado tiene sus ventajas y desventajas, por lo que las opciones e instrumentos regulatorios que se desarrollen en cada industria estarán destinados a aprovechar tales ventajas y

controlar o neutralizar las desventajas correspondientes.

Un diseño regulatorio que admite o promueve la I.V., como el existente en el sector de telecomunicaciones, permite el logro de economías de alcance, la reducción de costos de transacción y la más fácil adopción de decisiones organizativas y de inversión en la operación de las actividades integradas. Paralelamente, el esquema de IV también

otorga capacidad e incentivos anticompetitivos a la empresa dominante. Por ende, la regulación se sustenta en un régimen de libre entrada y hace claro énfasis en el desarrollo de múltiples salvaguardas competitivas con un elevado grado interventor sobre las estrategias comerciales y la utilización de activos y recursos por parte de las empresas, especialmente la que es considerada dominante. La regulación de tarifas no es tan interventora y puede basarse en sistemas de tarifas tope que reconozcan ahorros efectivos de costos por eficiencias.

Un diseño regulatorio que establece la S.V. de actividades, como el que existe en el sector eléctrico, reduce la capacidad de que las empresas que administran redes con características de monopolio natural incurran en conductas contrarias a la competencia y neutraliza los incentivos anticompetitivos. No obstante, el esquema de S.V. incrementa la probabilidad de que ocurran problemas de coordinación entre las empresas que realizan las actividades separadas. Consecuentemente, la regulación se basa en una prohibición de I.V. y además se concentra en gran parte en resolver los problemas de coordinación. En este caso la regulación también puede tener

un elevado grado interventor, pero afectando otros aspectos de la autonomía privada como por ejemplo la asunción de riesgos comerciales. La regulación tarifaria resulta bastante interventora y se sustenta en sistemas menos flexibles como el de empresa modelo eficiente.

De esta forma, la elección entre la I.V. o la S.V. para aplicarla en cada industria constituye una decisión regulatoria fundamental, dado que determina el carácter del diseño regulatorio en conjunto. Dicha elección y su reevaluación no solo es importante en el momento primigenio en que se liberaliza el mercado, sino cada vez que se decide una reestructuración del mismo, e incluso cuando se introducen modificaciones legislativas de relevancia que se espera influyan en el desempeño conjunto de la industria.

Considerando lo expuesto se concluye que la elección entre un diseño regulatorio de I.V. o de S.V. no solo determina el desempeño de la industria sino el carácter de la regulación. Es decir, la regulación se entiende y se explica a través de la estructura del mercado existente.