¿Separar o no separar? El dilema de la integración vertical en el sector eléctrico peruano treinta años después de la reforma

To separate or not to separate. The dilemma of vertical integration in the Peruvian electricity market thirty years after its reform

Carolina de Trazegnies

1. Introducción – 2. ¿Por qué separar? – 3. Los incentivos anticompetitivos en la integración generador-distribuidor – 4. ¿Cuánta separación es buena? – 5. La opción adoptada por el regulador peruano – 6. Conclusiones: Consecuencias de treinta años de aplicación y riesgos que abordar – 7. Lista de referencias

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace treinta años, a partir de la aprobación de la Ley de Concesiones Eléctricas en 1992, la ley peruana contempla la separación vertical de la industria eléctrica, según la cual solo de manera excepcional un mismo grupo económico podría participar en distintas actividades de la cadena de abastecimiento de electricidad. La separación vertical de los segmentos potencialmente competitivos (generación y comercialización) de los segmentos que operan como monopolios regulados (transmisión y distribución) fue parte del proceso de liberalización del

mercado eléctrico y es considerado uno de los principios básicos sobre los cuales se articulan los mercados eléctricos modernos.

La realidad es que, pese a ello, más del 50 % de la generación de electricidad en el país pertenece a negocios vinculados verticalmente con empresas de distribución (Enel, Luz del Sur, empresas estatales)[1] y un porcentaje adicional con empresas de transmisión. Entre 1992 y 2017 se otorgaron cerca de 90 concesiones y autorizaciones de generación a grupos empresariales que eran titulares de otras actividades, principalmente de distribución[2].

Ello nos lleva a preguntarnos qué ha sucedido con la regla de separación vertical y si la regla contenida en artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, y la regulación sectorial dirigida a proteger la competencia en el mercado de generación, es lo que se requiere para cumplir con los objetivos actuales y futuros del sector eléctrico peruano.

Este trabajo pretende definir y discutir conceptualmente la problemática de la integración vertical en el sector eléctrico. Se analiza la opción adoptada por el regulador peruano en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, cómo ha sido aplicada por las autoridades, y los vacíos y problemas evidenciados en sus treinta años de aplicación. En tanto en Perú la comercialización y la distribución de electricidad están integradas verticalmente, y teniendo en cuenta la estructura actual de la industria, se pone énfasis en la evaluación del impacto de la integración de los mercados de generación y distribución. Finalmente, se discuten las principales modificaciones que se requieren para contar con reglas consistentes que cumplan con distinguir y regular adecuadamente aquellos casos en que la integración vertical es dañina para la competencia de aquellos en que no lo es.

2. ¿POR QUÉ SEPARAR?

Por "integración vertical" nos referimos a la realización simultánea, ya sea por una misma persona jurídica o grupo económico, de actividades que pertenezcan a diferentes etapas de la cadena productiva de determinado bien o servicio.

La industria eléctrica se compone de cuatro etapas: generación, transmisión, distribución y comercialización. Históricamente, se postulaba que existían fuertes

---

1 Fuente: Osinergmin, Reporte sobre Participación de las Empresas Generadoras en el Sector Eléctrico para el año 2020 e Indecopi, Resoluciones N.° 007-2020/INDECOPI-CLC y 0142-2021-SDC/INDECOPI.

2 Fuente: Informe N° 232-2017-MEM/DGE de fecha 13 de octubre de 2017 que analiza el recurso de reconsideración presentado por Electrodunas S.A.A contra la Resolución N.° 223-2017-MEM/DGE que denegó la solicitud de autorización de la C.T. Pedregal.

economías de escala entre estas distintas etapas productivas, y la organización industrial predominante a nivel mundial era el monopolio verticalmente integrado. Una sola empresa, usualmente estatal, era propietaria y operaba conjuntamente el negocio en los distintos mercados.

Durante la década de los ochenta, se optó por separar funcionalmente estas etapas, o cuando menos las tres primeras, estableciendo un mercado competitivo de generación y comercialización, y regulando separadamente la transmisión y la distribución.

Explica Galetovic que la conveniencia de estructurar la generación como un mercado competitivo parte de la observación que las economías de escala se agotan con plantas con una capacidad de entre 300 y 400 MW. Porque la potencia instalada en la mayoría de los sistemas eléctricos supera (largamente) estas cantidades, esto abre espacio para un mercado competitivo en que operen varios productores. En cuanto a la comercialización de electricidad, se argumenta que esta, y la distribución por redes de baja tensión, "son actividades funcionalmente separables, en tanto no existen economías de escalas significativas entre dichas actividades" (Galetovic, 2003, p. 3).

Una vez que se opta por promover la competencia en los segmentos competitivos, "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" (Quintana Sánchez, 2008, p. 51), siendo las dos principales opciones en este caso la integración vertical de las actividades, 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; o la separación vertical de las actividades, por la que se impide que el monopolio también participe en las actividades competitivas. De esta decisión se desprende también el grado de regulación que se necesitará en ese mercado (Quintana Sánchez, 2008).

Permitir la integración vertical tiene beneficios tangibles: disminuye los costos de transacción y existen mayores economías de escala y alcance[3], fundamentalmente relacionadas con la coordinación de las operaciones y las inversiones. El acceso a un mayor flujo de información facilita la toma de decisiones operativas e inversión en las actividades integradas. Todo ello redunda en una mayor eficiencia productiva.

Sin embargo, la teoría microeconómica también reconoce que las empresas que operan en monopolios regulados tienen incentivos para extender su poder de mercado a los segmentos en competencia. La integración vertical puede facilitar la

[3] Mientras que se considera que existen "economías de escala" si cae el costo de producción de un determinado producto cuando aumenta la cantidad producida, se denomina "economías de alcance" a la disminución del costo de dos o más productos o servicios por producirse conjuntamente.

realización de prácticas anticompetitivas, permitiendo a los propietarios de instalaciones esenciales extender su poder de mercado, discriminando a sus competidores y encareciendo su entrada o permanencia en el mercado.

Existe abundante literatura que sustenta que una empresa verticalmente integrada de cierto tamaño tendrá incentivos para trasladar su poder de mercado derivado de ser titular de redes a los segmentos competitivos, incurriendo en comportamientos oportunistas dirigidos a discriminar a sus competidores y tratar de impedir la entrada de nuevas empresas. Los incentivos para la realización de estos comportamientos oportunistas se incrementarán mientras más exitoso sea el regulador en controlar el poder de mercado de la instalación esencial. Si la regulación limita la explotación del mercado donde se cuenta con poder monopólico, es previsible que la instalación esencialmente integrada buscará beneficiarse extendiendo su poder de mercado a los segmentos competitivos en los que opere. "Los incentivos son bastantes generales y persisten mientras las empresas vinculadas sean suficientemente grandes" (Galetovic, 2003, pp. 7-8).

Dentro de los comportamientos oportunistas por parte de titulares de redes, que son facilitados por la integración vertical, se encuentran los siguientes:

i. Subsidios cruzados: La empresa que controla el monopolio natural puede aprovechar los ingresos obtenidos en este segmento para subsidiar su operación en los segmentos competitivos. La detección del subsidio es más difícil cuando hay una transferencia interna de costos.
ii. Prácticas discriminatorias y conductas estratégicas: La empresa que controla el monopolio natural está en capacidad de crear impedimentos al acceso de competidores a mercados verticalmente relacionados elevando los costos de acceso a los rivales. Existen abundantes ejemplos de conductas estratégicas con el fin de crear barreras para restringir la calidad u oportunidad del acceso de los competidores, entre otros. (Quintana Sánchez, 2008, p. 53)

La frecuencia y gravedad de este tipo de conductas dependerá de qué tan acertada sea la regulación para capturarlas y sancionarlas. Sin embargo, es esperable que, aun cuando se regulase correctamente, no se limitará completamente el poder monopólico de la empresa. Por ello, "es altamente probable que los vacíos que deje la regulación sean explotados por los monopolios separados tal como lo hubiera hecho un monopolio integrado" (Galetovic, 2003, p. 16), con el consecuente perjuicio para el desarrollo de la competencia en los segmentos competitivos.

La separación vertical, si bien no elimina por completo los incentivos a discriminar ni el incentivo a explotar el poder de mercado de las industrias de redes, disminuye la capacidad del agente dominante de restringir la competencia. "Asimismo, hace más transparente la estructura de costos e ingresos de las empresas, lo que

a su vez también reduce la oportunidad de usar precios internos de transferencia para trasladar costos o ingresos entre actividades" (Quintana Sánchez, 2008, p. 53).

Así, una de las principales ventajas que se reconoce a un diseño regulatorio que establece la separación vertical de actividades es que tiene por efecto reducir la manipulación de los mercados eléctricos abiertos a la competencia, protegiendo la competencia y facilitando la labor del regulador. Se reconoce que con la separación vertical se ganan mercados más competitivos, con menores barreras de entrada, menores precios finales de electricidad y monopolios de transmisión y distribución más fáciles de regular (Quintana Sánchez, 2008).

Aplicado al sector eléctrico, explica Galetovic (2003) que los monopolios de transmisión y distribución verticalmente integrados con segmentos competitivos usarán, por un lado, prácticas que les permitan extender su poder de mercado y, por otro, explotar el poder de mercado que les confiere su mera categoría de monopolios naturales. El propósito del monopolio al integrarse hacia la generación (o comercialización, cuando se organiza como un mercado independiente) es aumentar el precio final de la electricidad para así obtener rentas por los activos invertidos. Las empresas integradas verticalmente están en capacidad de aumentar los costos de operación a los competidores mediante prácticas discriminatorias, o establecer barreras estratégicas a la entrada de competidores. La discriminación aumentará los costos de las empresas generadoras no integradas y el precio que pagan los usuarios, aun cuando existan economías de alcance importantes.

Debido a ello, es ampliamente reconocido que la introducción de políticas que establezcan la desintegración vertical de la industria eléctrica es una pieza sumamente relevante para asegurar la competencia en el mercado de generación. Para Joskow (2008), la separación vertical de los segmentos potencialmente competitivos de los segmentos regulados (distribución y transmisión) es una de las *textbook features* de arquitectura de las reformas regulatorias en el sector eléctrico para el desenvolvimiento de mercados competitivos.

3. LOS INCENTIVOS ANTICOMPETITIVOS EN LA INTEGRACIÓN GENERADOR-DISTRIBUIDOR

Es ampliamente reconocido que los distribuidores tienen considerable poder de mercado sobre los clientes no regulados que están dentro de sus áreas de concesión y, por ende, una amplia posibilidad de realizar conductas estratégicas en perjuicio de clientes de sus competidores en los mercados de comercialización y/o generación. La doble posición de la empresa distribuidora como titular de las redes y como competidor en la actividad de comercialización a clientes libres, aún sin participar

en el mercado de generación, permite conductas oportunistas a través de ofrecerle a los clientes de las empresas comercializadoras competidores ubicados en sus redes de términos más favorables. El distribuidor tiene amplia posibilidad de realizar conductas estratégicas en perjuicio de clientes de sus competidores. Además de otras condiciones estructurales, estas posibles estrategias anticompetitivas pueden ocasionar altos costos de cambio de suministrador (*switching costs*) por parte de los clientes.

Así, por ejemplo, un aspecto fundamental para la política de competencia en industrias desreguladas se relaciona con el acceso, que se origina cuando una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de venta del bien final también mantiene el control de la oferta de un insumo esencial para sus potenciales competidores[4]. El abastecimiento a los clientes libres que se encuentran dentro de la zona de concesión del distribuidor requiere, como regla general, utilizar las instalaciones del distribuidor al margen de cuál sea la empresa eléctrica con la que se contrate el suministro. E incluso cuando la regulación obliga a permitir la utilización de terceros de los sistemas de transmisión y distribución[5] (*open access*), el establecimiento de las condiciones de acceso es materia de acuerdo entre los titulares de las instalaciones y el tercero que requiere conectarse, acuerdo que puede verse limitado o demorado por el comportamiento estratégico de los titulares de la red.

De otro lado, la empresa que controla el monopolio natural tiene mejor conocimiento sobre la capacidad efectiva de su red. Como titular, tiene incentivos para no informar a sus competidores e incluso argumentar restricciones de capacidad ante pedidos de acceso. La información puede ser utilizada para establecer barreras de acceso al mercado mediante conductas discriminatorias y/o estratégicas. Puede darle mejor calidad de servicio a los usuarios de sus generadoras. Puede otorgar beneficios exclusivos a los clientes que suscriban contratos de suministro con su empresa o generadores vinculados tales como atención preferencial en caso de reposición del servicio en caso de emergencia o racionamiento, prioridad de reconexión, flexibilización de ciertos requisitos técnicos o legales para la conexión o migración. Puede también introducir políticas de "castigo" en perjuicio de los usuarios que migren a suministradores no vinculados[6], deteriorar el servicio que reciben los clientes de generadoras competitivas, demorar la construcción o ampliación de líneas utilizadas preferentemente por competidores, ocultar información sobre la verdadera capacidad

[4] Al respecto, ver Indecopi (1999).

[5] Artículos 33 y 34 de la Ley de Concesiones Eléctricas - Decreto Legislativo N.° 25844.

[6] "En la práctica ello se evidencia a través de cobros arbitrarios, demora en la atención del servicio a clientes de sus competidores, deterioro en la calidad del servicio, demora para la construcción o ampliación de líneas utilizadas por clientes libres de otros suministradores, exigencias de inversiones, entre otros" (Galetovic, 2008, p. 86).

de las líneas que podrían ser usadas por competidores argumentando razones de seguridad[7] o utilizar información privilegiada obtenida del proceso de negociación de las condiciones de acceso para obtener beneficios en la etapa de comercialización.

Otro tipo de barrera se origina como resultado de "actuar primero" en un mercado (*first mover advantages*), pues la firma entrante deberá incurrir en costos en los que la firma establecida ya invirtió con anterioridad.

> En el caso del mercado de clientes libres insertos en las zonas de concesión de empresas de distribución, las ventajas derivadas de participar primero en el mercado provienen de la naturaleza misma del negocio y del tipo de cliente libre (Indecopi, 1999, p. 15).

La comercialización minorista de energía requiere de la prestación de servicios pre y post venta, tales como el establecimiento de centros de atención y cobranza al cliente, reparación de averías y fallas en el suministro, entre otros aspectos sobre las cuales el distribuidor fácilmente tendrá ventaja.

Las empresas verticalmente integradas (generación-distribución) tendrán además incentivos para satisfacer su demanda con producción propia, "actuando como uno", más que a minimizar el costo de compra y la transferencia del ahorro en el costo de la energía a sus clientes. Los distribuidores suelen ser importantes compradores, en algunos casos, con poder de compra suficientemente relevante para influir en la competencia en el mercado.

La práctica de *self-dealing* tiene consecuencias negativas con un doble alcance. Por un lado, restringe la libre concurrencia de generadores independientes en las ventas de energía al reducir el mercado disponible. Estas condiciones generan una ventaja en el mercado de generación para el generador vinculado, originada en la titularidad del monopolio de distribución y la gestión de la demanda de los usuarios regulados y no basada en el propio proceso competitivo.

Además, tiene un impacto directo en los usuarios pues el distribuidor integrado no tendrá suficientes incentivos para minimizar el costo de compra de energía. Si bien ello tiene como tope el precio regulado (en Perú, el precio en barra), se restringe el mecanismo competitivo sin beneficio para el consumidor. Así, se traduce en situaciones en las que no se transfieren las ganancias de eficiencia (menores costos) que se producen a través de la integración vertical en la forma de menores precios para los usuarios regulados. Ello afectará fundamentalmente al usuario final, con

[7] Explica Bondorevskly (2001) que en la medida que la información es asimétrica, siempre existirá algún grado de discreción que los distribuidores pueden utilizar para elevar los costos de acceso a sus redes y de esta manera, incluso generar barreras de entrada contra los generadores independientes.

mayores precios de electricidad. Dicho de otra forma, la eficiencia de la integración no es trasladada como un beneficio al consumidor final.

Si bien muchas de estas conductas podrían ser controladas mediante regulación sectorial o la aplicación supletoria de las normas de competencia, el costo de detección puede ser sumamente alto. Explica Galetovic (2003) que el incentivo a discriminar al resto de las generadoras deteriorando la calidad del acceso, son prácticas que muchas veces son difíciles de detectar y más aún demostrar. Con ello crece el trabajo del regulador, quien tendrá que dedicar abundantes recursos a fiscalizar que no se realicen prácticas discriminatorias que busquen extender el poder de mercado a mercados vinculados.

4. ¿CUÁNTA SEPARACIÓN ES BUENA?

En la legislación y doctrina comparada existe un amplio espectro de posibilidades para la desintegración de actividades. Entre las alternativas para desintegrar está la posibilidad de simplemente establecer regulación de conductas, tales como la exigencia de separación contable y la separación funcional, que consiste en separar funciones dentro de la compañía e imponer restricciones a ciertas actividades (separación física, separación de información para que este accesible por igual a todos los competidores, códigos de conducta).

En cuanto a regulación de la estructura de la industria en sí, en el espectro más blando está la desintegración legal (*legal unbundling*). Por desintegración legal nos referimos a la exigencia de constituir sociedades independientes como responsables de distintas actividades en el mercado. Así, por ejemplo, la actividad de generación tendría que ser desarrollada por una persona jurídica diferente que las actividades de transmisión o distribución o entre estas, sin importar que estas pudieran ser parte de un mismo grupo económico. Sin embargo, no impide que un grupo empresarial integre sus actividades mediante distintas empresas y en la práctica "actúe como uno".

En el otro extremo del espectro de posibilidades se encuentra la separación de propiedad (*ownership unbundling*), la forma más fuerte de desintegración, mediante el cual se prohíbe que las actividades de generación, transmisión y/o distribución puedan ser efectuadas por titulares que son parte de un mismo grupo económico.

Prohibir la integración vertical implica un mayor nivel de intervención ya que consiste en regular no solo las conductas sino la estructura misma de la industria. Y en esta decisión, no todo es color de rosa. Como hemos explicado, si bien la separación vertical tiene por efecto reducir la manipulación de los mercados eléctricos abiertos a la competencia, protegiendo los segmentos competitivos, también con esta decisión se sacrifican beneficios: economías de alcance, como las relacionadas

con la coordinación de inversiones de transmisión y generación, y principalmente posibilidades de inversión.

Unas de las principales críticas que se reconoce a la regla extrema de separación de propiedad (*ownership unbundling*) es que incrementa el costo de capital para el mercado de generación. La introducción de una regla radical de desintegración de propiedad implica que no habrá fuente de financiamiento común entre dichas actividades. Ello, se alega, conllevaría a una menor inversión, poniendo en riesgo el abastecimiento seguro y oportuno de la demanda y mayores precios. Este perjuicio, particularmente relevante en un país que requiere aun cerrar la brecha de infraestructura que permita cumplir con el acceso universal al servicio público de electricidad, no viene acompañado de una mejora significativa en controlar totalmente el poder de mercado en cada una de las etapas[8].

Así, existen razones para no adoptar una regla tan radical y mantener cierto nivel de integración en el sector eléctrico. Quizás una de las principales es el aprovechamiento de capital de inversión de empresas que ya operan (y conocen) el sector, pero adicionalmente se enumeran a: (a) las particularidades tecnológicas de los sistemas eléctricos que requieren de una fuerte coordinación técnica entre las distintas fases de la actividad, (b) la existencia de economías de integración vertical entre las diferentes fases del suministro de electricidad, (c) existencia de costes de transacción (costos de coordinación y su impacto en la calidad del servicio y el incremento de precios finales, costes de fiscalización y control del proceso de negociación contractual, gestión del servicio comercial, entre otros).

De otro lado, existe literatura que sustenta que cuando la empresa vinculada es pequeña, los incentivos para discriminar no son suficientemente potentes. Ello principalmente por la inexistencia de volúmenes suficientemente grandes que compensen el costo directo de discriminar.

Así, se sostiene que la posibilidad de integrarse verticalmente es deseable en tanto que no pueda usarse para discriminar a escala importante ya que en estos casos los riesgos de que se presenten conductas oportunistas y prácticas anticompetitivas que pongan en riesgo la competencia en los mercados son reducidos (Galetovic, 2003).

---

[8] "Concerns have been expressed that ownership unbundling would lead to considerable disadvantages and that there is uncertainty regarding its impact on the welfare of European consumers. Ownership unbundling would thus, it is said, reduce economies of scale, bring possibly large one-off transaction costs, increase the cost of capital of the supply business, or weaken the position of European suppliers in negotiations with external suppliers. This, it is argued, would then lead to less investment, higher prices and endanger security of supply" (Lowe & Lindberg, 2007, p. 32).

En estos casos prohibir la integración vertical implica la pérdida de la inversión sin que exista un beneficio correlativo.

5. LA OPCIÓN ADOPTADA POR EL REGULADOR PERUANO

5.1. Introducción de la separación de actividades mediante la Ley de Concesiones Eléctricas de 1992

En la línea con la tendencia global de los años noventa, y el modelo de regulación de industrias de redes más reciente, que se sustenta en la lógica de introducir competencia donde la misma sea posible y mantener la regulación donde se presenten características de mercado natural, mediante el Decreto Ley N.° 25844, se aprobó la Ley de Concesiones Eléctricas que sentó las bases para un proceso de reforma del sector eléctrico en nuestro país. Hasta ese momento, la industria eléctrica era monopolio estatal integrado verticalmente. Las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización eran concentradas por empresas de propiedad del Estado quienes realizaban estas actividades a través de las mismas personas jurídicas. Con la Ley de Concesiones Eléctricas se dio el primer paso hacia la competencia regulada, escindiendo las actividades que constituyen monopolios naturales de la actividad competitiva de generación.

Como parte de ello, el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas estableció que las actividades de generación, transmisión y distribución no podrían efectuarse simultáneamente por un mismo titular, salvo que la ley lo permita. Se estableció también expresamente que las generadoras o distribuidoras no podrían ser propietarias de instalaciones de transmisión principal[9].

La desintegración vertical implicó la escisión de las empresas estatales[10], la promoción de la inversión privada mediante la privatización de diversas empresas y activos eléctricos que estaban en manos del Estado y la introducción de competencia en el mercado de generación. Así, mientras que en el caso de las actividades de transmisión y distribución se reconoció su condición de monopolios naturales, respecto de las actividades de generación se reconoció y promovió la inversión bajo un régimen de competencia.

La redacción original del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Ley N.° 25844, fue la siguiente:

---

9 Artículo 3 del Decreto Supremo N.° 09-93-EM - Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo N.° 09-93-EM.

10 Quinta Disposición Transitoria del Decreto Ley N.° 28444 - Ley de Concesiones Eléctricas.

> Artículo 122.- 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** [Énfasis añadido].

En su primera redacción, el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas reguló la separación de la industria bajo un régimen de separación legal (*legal unbundling*). La norma limitó la posibilidad de que un mismo titular (es decir, una misma persona natural o jurídica) realice actividades de generación, transmisión del sistema principal y distribución. En otras palabras, se prohibió la integración vertical a través de un mismo vehículo de inversión.

La única excepción a esta regla estaba dada por el caso de los Sistemas Aislados, esto es, aquellos que no pertenecen al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, regulado por el artículo 80 de la misma ley, supuesto en el cual, si bien subsiste la obligación de mantener separación contable, se permite efectuar las actividades de generación, transmisión y distribución a través de una misma persona jurídica. La lógica de esta regla es particular; los sistemas aislados, por su naturaleza, requerían que se permita la participación de una misma empresa en las distintas actividades y por el otro son demasiado pequeños para afectar la competencia de manera significativa.

El artículo 122, en su primera versión, no se pronunció ni prohibió la posibilidad de que, a través de un mismo grupo económico, de forma indirecta, se controlaran actividades de generación, transmisión o distribución de manera simultánea. La norma no impedía que empresas formalmente independientes, pero pertenecientes al mismo grupo económico obtuvieran individualmente una concesión para cada actividad pudiendo dar lugar a una integración vertical dentro del grupo empresarial.

5.2. Las modificaciones introducidas en 1997

En el año 1997 se aprobó la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley N.° 26876 (en adelante, la Ley Antimonopolio). Esta ley introdujo un régimen de control de concentraciones de tipo vertical u horizontal para operaciones que involucrasen actividades del sector eléctrico. El artículo 13 de la Ley Antimonopolio modificó también el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el cual quedó redactado como sigue:

> Artículo 122.- 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.

El establecimiento del control de concentraciones en el sector eléctrico se basó en las particularidades del proceso de desregulación de la industria eléctrica peruana. La Ley N.° 26876 fue aprobada con el objeto de suplir vacíos identificados en la Ley de Concesiones Eléctricas y reforzar la regulación de la estructura de la industria. Ello particularmente al haberse identificado que, sin perjuicio de lo normado por el artículo 122, no existían normas específicas que eviten que se produzcan concentraciones que distorsionen la competencia y la libre concurrencia en el mercado eléctrico, y que la Ley de Libre Competencia (Decreto Legislativo N.° 701) podría no resultar suficiente para restringir los abusos de posición de dominio en el sector[11].

El objetivo del control de concentraciones no es impedir la integración vertical empresarial ni regular específicamente la estructura de la industria sino dar al estado la posibilidad de oponerse o establecer condiciones a ciertas operaciones por la incidencia que estas tienen sobre la estructura del mercado. Las operaciones de concentración redefinen la estructura del mercado y pueden determinar el desempeño de la competencia. Así, por ejemplo, la nueva estructura de mercado que se generaría tras una operación puede crear condiciones propicias para que los agentes incurran en conductas anticompetitivas determinando que el mercado no sea capaz de generar las eficiencias derivadas de una situación de competencia.

De la mano con ello, la modificación del artículo 122 modificó el régimen de separación al pasar de un régimen de separación legal (*legal unbundling*) a un régimen de separación de propiedad (*ownership unbundling*). A partir de dicha modificación la realización simultánea de actividades de generación, transmisión del Sistema Principal o distribución quedó prohibida no sólo para aquellos que la realicen a través de un mismo titular sino también a través de un mismo grupo económico (o, "de forma indirecta"). No obstante, esto se sujetó a excepciones.

Mucho se ha discutido sobre si con la modificación del artículo 122 se endureció o flexibilizó el régimen de separación legal. Así, por ejemplo, Rebaza (1997) explica que, en su opinión, al introducir una excepción:

> [l]a modificación del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas significa un tránsito de la prohibición *per se* de la integración vertical a la *rule of reason,* de modo

[11] Congreso de la República, Dictamen del Proyecto de Ley N.° 3100/97-CR.

> que ahora se aceptaría el desarrollo simultáneo de actividades escindidas (...) que no necesariamente suponen un daño, disminución o restricción a la competencia. (p. 94)

No pareciera haber sido la intención del legislador con esta modificación (aprobada en el contexto de la adquisición indirecta de Endesa España de activos de generación y distribución en el Perú) flexibilizar la regla contenida en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 122, en su versión original, no establecía excepciones distintas de la ya mencionada aplicable a los Sistemas Aislados. Así, al incluir dicha regla se introdujo una evaluación caso por caso y se permitió la integración vertical (incluso en una misma empresa) producto de dicha evaluación. Luego de la modificación, ciertos actos que impliquen una integración vertical serían admisibles: aquellos que sean resultado de "actos de concentración" y no supongan una "disminución, daño o restricción a la competencia". En estos supuestos quedaría permitido el desarrollo simultaneo de actividades de generación, transmisión y/o distribución, incluso por parte de una misma persona jurídica o empresas de un mismo grupo económico.

5.3. ¿Rule of reason para las integraciones verticales?

Un aspecto crucial para entender la regla de separación vertical adoptada en el Perú es determinar el alcance de la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 122. Este está determinado por cuándo una operación califica como un "acto de concentración" y cómo y qué autoridad determinará si dichos actos son pasibles de afectar la competencia.

La definición de "acto de concentración" debe leerse en el marco de las normas de control de concentraciones. Esto es, en primer lugar, de la Ley Antimonopolio, que introdujo tanto el régimen de control previo de operaciones de concentración en el sector eléctrico como la excepción en el texto del artículo 122, con el objeto armonizar el régimen de separación vertical con el control de concentraciones implementado simultáneamente con su aprobación[12], y a partir del 14 de junio de 2021 por la Ley N.° 31112 que solo recientemente derogó dicho régimen reemplazándolo por un régimen de control de concentraciones aplicable de manera transversal a todos los sectores[13].

Tanto la Ley Antimonopolio como la nueva Ley N.° 31112 establecen que serán evaluados y deberán ser en consecuencia autorizados por el Indecopi aquellos actos que: (i) califiquen bajo la norma como operaciones de concentración empresarial; y, (ii) superen los umbrales de notificación. Es decir, sujetan a autorización previa

[12] Dictamen del Proyecto de Ley N.° 3100/97-CR.

[13] La Ley 31112, publicada el 7 enero 2021, derogó la Ley N.° 26876, con excepción del artículo 13.

solo cierto tipo de operaciones[14] siempre y cuando generen una modificación en la estructura de control de las empresas objeto de la concentración[15]. Donde la operación

[14] La definición de "actos de concentración" de la Ley Antimonopolio es, en términos generales, consistente con la utilizada a nivel comparado donde la gran mayoría de regulaciones establecen como criterio para determinar la existencia de un acto de concentración al hecho que, como resultado de la operación, una empresa adquiera control sobre otra de forma tal que exista una modificación de carácter permanente en la estructura de dos o más empresas involucradas. Se entendió por concentración a la realización de un conjunto amplio de actos, que abarca: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación *joint venture*, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

Por su parte, la Ley N.° 31112 establece que se consideran operaciones de concentración empresarial todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones: a. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión; b. La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos; c. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma las funciones de una entidad económica autónoma; d. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos.

[15] Bajo la Ley Antimonopolio, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia precisó (Resolución N.° 038-2017/CLC-INDECOPI emitida con ocasión del Expediente N.° 001-2017/CLC-CON) que: "Tomando en consideración las Normas de la SBS, se considera control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica. Ahora bien, para efectos del análisis de competencia, se considera que dicha influencia preponderante y continua debe recaer sobre decisiones que tengan incidencia sobre la estrategia competitiva de una empresa." Por su parte, el artículo 3 de la Ley N.° 31112 contiene una definición de control estableciendo que "es la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente la estrategia competitiva".

no conlleve un cambio de estructura de control de las empresas involucradas, no hay un "acto de concentración".

La Ley Antimonopolio establecía la obligación de solicitar autorización previa sólo respecto de actos de concentración que involucrasen las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía. Para que se considerase que había existido una concentración en dichas actividades, la operación debía involucrar a dos empresas "que desarrollan o realizan actividades" definidas como aquellas que sean titulares de concesiones o autorizaciones para desarrollar las actividades de generación, transmisión y distribución[16]. Bajo la nueva ley, aplicable de manera transversal a todos los sectores, esta condición ya no resulta aplicable; basta que se trate de una operación que supere los umbrales por parte de agentes económicos que oferte o demanden bienes y servicios en el mercado que realicen actos de concentración que produzcan o puedan producir efectos en el país para que se gatille la obligación de pasar por una autorización previa.

Ambas normas excluyen de la definición de "operación de concentración" el crecimiento corporativo de una empresa, entendiéndose por éste el que sea producto de inversión propia o financiado con recursos de terceros que no son parte del mismo grupo económico y que no participan, directa ni indirectamente, en el mercado en cuestión[17]. El crecimiento interno de una empresa, si bien puede incrementar su poder de mercado, no es un "acto de concentración" entre los que antes eran distintos grupos económicos.

En cuanto a los umbrales de notificación, la Ley Antimonopolio y la ley actualmente vigente establecen parámetros radicalmente distintos: en el caso de la Ley Antimonopolio se establecieron parámetros vinculados a la participación de la empresa en las actividades involucradas en la operación, mientras que en la nueva ley

---

16 Reglamento de la Ley 26876, Decreto Supremo N.° 017-98-ITINCI, artículo 2, literal f). Adicionalmente, el artículo 2 del Decreto Supremo N.° 087-2002-EF estableció que en el caso de actos de concentración derivados de los procesos de promoción de la inversión privada en las empresas eléctricos de propiedad del Estado, se entendería por "Empresa que Desarrolla o Realiza Actividades" a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de concesiones o autorizaciones para desarrollar las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrico, cuyos activos se encuentren operativos. Con ello se excluyó la adquisición de activos no productivos a consecuencia de proyectos de promoción a la inversión privada de empresas eléctricas de propiedad del Estado, de la definición de "actos de concentración". Así, cuando se trataba de concentraciones que se produzcan como consecuencias de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de ProInversión, además de ser titulares de una concesión, para que les sea exigible obtener autorización previa del Indecopi. los activos de las empresas involucradas deberán encontrarse operativos.

17 Reglamento de la Decreto Supremo N.° 017-98-ITINCI, artículo 2, literal k). Ley N.° 31112, artículo 5.2.

el umbral es expresado en función de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos de las empresas involucradas[18]. Sin embargo, para efectos de este trabajo, basta con anotar que en ambos casos se establecen parámetros cuantificables y objetivos, sujetos a la determinación por Indecopi, que permitirían filtrar aquellas transacciones que la ley ha determinado no ameritan ser evaluadas por la autoridad de competencia porque por su dimensión no representarían riesgos a la competencia. De alcanzarse o superarse los umbrales, Indecopi sería competente para evaluar la operación de concentración y los agentes económicos tendrán la obligación de presentar al Indecopi una solicitud de autorización[19].

Bajo ambos cuerpos legales, Indecopi tiene competencia exclusiva para determinar cuándo un "acto de concentración" no presenta un riesgo para el proceso competitivo. Si la decisión de Indecopi es autorizar la operación después de realizar el análisis correspondiente, es porque concluyó que la operación no afecta la competencia o que si se les sujeta a ciertas condiciones no la afectará. En otros casos autorizará la concentración, incluso si tiene la potencialidad de afectar la competencia, pues considera que las eficiencias generadas por la concentración sobrepasan los posibles o reales efectos negativos de la misma, o la someterá a ciertas condiciones.

Aplicar la excepción del artículo 122 pasa entonces por contar con una evaluación de la operación por parte de Indecopi. La propia norma de control de concentraciones establece los parámetros para dicha evaluación[20]. Una concentración que ha sido autorizada por el Indecopi claramente cae dentro de la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 122 y por ello las partes involucradas pueden llevar a cabo actividades de generación, transmisión y distribución en forma simultánea.

Lo mismo debe concluirse respecto de las operaciones que, clasificando como "actos de concentración" han sido excluidos de los alcances de la Ley Antimonopolio ya sea por encontrarse bajo de los umbrales de notificación o por aplicación de alguna excepción[21]. En estos casos se trata de verdaderos "actos de concentración" que han sido excluidos por el legislador de la necesidad de pasar por una autorización previa

---

18 Ley N.° 26876, artículo 3. Ley N.° 31112, artículo 6.1.

19 La Ley Antimonopolio estableció también ciertos casos de excepción en los que, pese a superarse los umbrales no resultaría necesario pasar por un control previo. Este es el caso de la adquisición de activos productivos por un valor inferior al 5 % del valor total de los activos productivos de la empresa adquiriente y también los casos de concentración en los que se acumula directa o indirectamente menos del 10% del total de las acciones de otra empresa, salvo que esta adquisición le permita adquirir control directo o indirecto.

20 Artículo 19 del Decreto Supremo N.° 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Artículo 7 de la Ley N.°31112.

21 Ver nota 43.

se presume que, por su magnitud o características, no están en capacidad de implicar una reducción o disminución de la competencia.

Pero no puede equipararse los casos en que Indecopi declara la improcedencia de una solicitud con que la operación está autorizada (y por ende asumir que en estos casos no hay restricción a la integración vertical bajo el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas). Dicha conclusión resultaría consistente en el marco de un esquema de control de concentraciones en tanto cuando Indecopi declara la solicitud improcedente se tratará de operaciones no sujetas a control. Sin embargo, no es correcta ni consistente con la prohibición a la integración vertical y su excepción, tal y como son reguladas en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Cuando una determinada operación no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la Ley Antimonopolio o ahora de la Ley N.° 31112, por no tratarse de una operación sujeta a evaluación por parte de Indecopi, operará la regla establecida en el primer párrafo del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas de separación de actividades. Estas operaciones caen en una prohibición absoluta, sin un análisis previo de si dicha integración daña o restringe la competencia. No están sujetas a *rule of reason* alguna.

Significativamente, caen dentro de la prohibición los actos de crecimiento de una empresa por inversión propia que como hemos visto se excluyen explícitamente de la definición de "acto de concentración". Bajo el artículo 122, tal y como fue modificado en 1997, cuando la Ley Antimonopolio valida el crecimiento de una empresa por inversión propia o financiada por terceros que no participan en el sector eléctrico, no puede entenderse que valida la integración vertical porque dicho supuesto no se encuentra dentro de la excepción establecida por el segundo párrafo ni ha sido materia de una evaluación de su impacto en la competencia. Los supuestos de integración vertical que son consecuencia del crecimiento orgánico de las empresas a través del desarrollo de sus propios proyectos, en tanto conduzcan a efectuar o desarrollar una más de las actividades escindidas, están prohibidos *per se*[22].

5.4. ¿Mal entendimiento o renuncia de las autoridades a aplicar la prohibición?

Si bien es claro que la regulación del sector eléctrico peruano estableció una estructura de separación vertical de actividades, admitiendo solo excepcionalmente

[22] Bajo la Ley Antimonopolio, este era también el caso de la adquisición de activos no productivos a consecuencia de proyectos de promoción a la inversión privada de empresas eléctricas de propiedad del Estado ya que este supuesto fue excluido de la definición de "actos de concentración".

la integración vertical, entre 1997 y 2022, se ha convalidado la integración vertical de actividades en diversas e importantes empresas y/o grupos económicos.

Emblemático fue el caso de la integración de las empresas generadoras Edegel S.A, Etevensa y Empresa Eléctrica del Piura S.A. con Edelnor S.A.A, bajo el grupo empresarial Endesa España (ahora Grupo Enel), aprobado con condiciones por el Indecopi[23]. Sin embargo, no todas las integraciones verticales que se han mantenido o creado luego de la desagregación de actividades establecida en 1992 han sido consecuencia de operaciones sujetas a la aprobación de Indecopi.

Explica Quiñones (2005) que,

> [t]ristemente, el proceso de privatización en el Perú quedó trunco. Aproximadamente la mitad de las centrales de generación permanecieron bajo el control del Estado, que hoy en día es el grupo económico con mayor capacidad de generación. A lo anterior se agregó la miopía de los gobiernos que no supieron aprovechar la privatización para desconcentrar el mercado y promover tanto el ingreso de nuevos actores como la consolidación de los generadores más pequeños (p. 79).

Como consecuencia de ello, existe integración entre las empresas del Estado, quienes son compradores importantes, principalmente a través del Grupo Distriluz[24], y a la vez jugadores importantes en el mercado de Generación, principalmente a través de Electroperú S.A.[25].

Otro grupo de integraciones verticales provino de la integración al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional de centrales que habían operado antes en sistemas aislados y por ende cuyo título habilitante fue otorgado sobre la base de la excepción contenida en el artículo 80 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Estos corresponden a plantas de menor envergadura, operadas por empresas del Estado[26].

Además, se han presentado una serie de integraciones verticales producto de actos que no calificaron como "actos de concentración". Estos actos no han estado no sujetos al control de Indecopi y por ende no han sido materia de una evaluación que determine el impacto en la competencia de estas excepciones a la regla de separación de propiedad por la que optó el legislador.

---

23 Resolución 012-1999-INDECOPI/CLC del 3 de diciembre de 1999.

24 Grupo de propiedad estatal que concentra empresas de distribución en once (11) regiones del Perú.

25 El aporte de energía del Complejo Mantaro supera los 7000 GWH anuales respecto a los 20000 GWH de generación hidroeléctrica a nivel nacional.

26 Este es el caso por ejemplo de las C.H El Muyo y La Pelota de titularidad de Electro Oriente S.A, C.H Sandría de Electro Puno S.A.A. y C.T. Puerto Maldonado de Electro Sur Este S.A.A. entre otras. Todas estas centrales tienen potencias instaladas de menos de 5 MW.

Así, por ejemplo, Luz del Sur S.A.A., concesionaria de distribución de la zona sur de Lima que ostenta una participación de cerca del 25% en el mercado de distribución (Osinergmin, 2020), adquirió el proyecto de Central Hidroeléctrica Santa Teresa en febrero de 2011 como resultado de un proceso de promoción a la inversión privada promovido por ProInversión[27]. En el marco de dicho proceso, Indecopi se declaró incompetente para analizar la operación[28]. No obstante, ni ProInversión ni el Ministerio de Energía y Minas repararon en que, como consecuencia de ello, la eventual adjudicación a Luz del Sur S.A.A. se encontraría inmersa en la prohibición a la integración vertical establecida en el primer párrafo del artículo 122. Tanto Indecopi como el MEM derivaron del rechazo de Indecopi a su competencia para evaluar los efectos de dicho acto que no existía limitación para que Luz del Sur S.A.A, resultando ganador de la licitación convocada para adjudicar dicho proyecto, obtenga el título habilitante correspondiente. La transferencia a favor de Luz del Sur S.A.A de la concesión definitiva de generación se dio un año más tarde en febrero de 2012. Luz del Sur S.A.A. se convirtió en titular de la concesión de generación a través del mismo vehículo societario. No fue sino posteriormente, en el 2018, que escindió sus activos de generación y distribución en distintos vehículos corporativos, transfiriendo sus activos de generación a Inland Energy Perú S.A.C.

Similarmente, en la Cuarta Subasta para la generación de electricidad con el uso de Energías Renovables llevado a cabo por Osinergmin en el 2016, se adjudicaron diversos proyectos del Grupo Enel (Enel Green Power Peru S.A.) hasta por cerca de 300 MW en conjunto[29]. Si bien dichas subastas se llevaron a cabo bajo el régimen particular para la generación de electricidad con recursos energéticos renovables, en el marco del Decreto Legislativo 1002, no se reparó en que la prohibición resultaba aplicable también en este supuesto.

Otro ejemplo interesante es el caso de Electro Dunas S. A. A., concesionario de distribución de la región sur-medio del Perú, tiene la autorización para realizar

---

27 Mediante el Contrato de Adquisición de Activos "C.H Santa Teresa" celebrado con la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A.

28 Oficio 032-2010/ST-CLC-INDECOPI de fecha 7 de diciembre de 2010. Bajo la Ley Antimonopolio, cuando se trataba de concentraciones que se produzcan como consecuencias de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de ProInversión, además de ser titulares de una concesión, para que les sea exigible obtener autorización previa del Indecopi, los activos de las empresas involucradas debían encontrarse operativos. Esto sería diferente bajo la ley de control de concentraciones actual, que no exceptúa la compra de un proyecto eléctrico, previa a la obtención del título habilitante correspondiente, de su ámbito de aplicación.

29 Enel Green Power S.A. se adjudicó proyectos solares, eólicos e hidráulicos de hasta por 126, 144 y 20 MW respectivamente. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/energias-renovables/Subastas/160216%20-%20Acta%20de%20adjudicacion%20y%20Buena%20Pro.pdf

la actividad de generación mediante dos centrales de menor envergadura (menos de 20MW cada una), la Central Térmica Luren y la Central Térmica Pedregal, a través de la misma persona jurídica. En el primer caso, la autorización fue otorgada en 2017 por el Ministerio de Energía y Minas en aplicación del Silencio Administrativo Positivo. La segunda de ellas fue denegada por contravención al artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas posteriormente permitiéndose el desarrollo y transferencia a su favor del proyecto[30]. En los procedimientos ante el Ministerio, Electro Dunas S.A.A alegó que, si bien el artículo 122 de la Ley de Concesiones establece inicialmente una limitación a la integración de actividades eléctricas, dicha limitación sólo alcanza a los actos u operaciones que afecten la libre competencia de acuerdo con el análisis del Indecopi[31].

Es innegable que la prohibición contenida en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas es una norma imperativa. No se trata de la aplicación de un régimen cuya competencia corresponde exclusivamente al Indecopi sino de una norma imperativa que debe ser respetada y aplicada por cualquier autoridad o agente que opere en el sector. Este es el caso de las autoridades a cargo del otorgamiento de títulos habilitantes (el Ministerio de Energía y Minas al otorgar una concesión o autorización) pero también de quienes tengan competencia para otorgar otros

---

30 La autorización para la C.T. Pedregal fue inicialmente declarada improcedente por el Ministerio mediante Resolución Directoral N.° 0223-2017-MEM/DGE de fecha 25 de agosto de 2017 por considerar que su otorgamiento vulneraba la prohibición establecida en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Electro Dunas impugnó la Resolución Directoral, solicitado al MINEM que declare su nulidad y resuelva otorgar la autorización de generación de la C.T. Pedregal, revirtiendo el Ministerio por esta vía su decisión en noviembre de 2017. Mediante Resolución 0041-2018-MEM/DGE se declaró nuevamente improcedente la solicitud por considerar que vulneraba la prohibición establecida en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas. Mediante Resolución Viceministerial 001-2019-MEM/VME se otorgó la autorización de la C.T. Pedregal al haber sido esta transferida a favor de la Empresa de Generación Eléctrica Atocongo S.A., del grupo UNACEM. Según información de Osinergmin, la central fue posteriormente transferida a Electrodunas S.A.A.

31 Cabe señalar que al respecto Indecopi había señalado que la solicitud de autorización de la C.T. Luren no constituía una operación de concentración bajo la Ley Antimonopolio y su Reglamento. Asimismo Indecopi, mediante Carta N.° 294-2017/ST-CLC-INDECOPI señalo que "en opinión de esta Secretaria, si la Ley N.° 26876 ha considerado que ciertas operaciones de concentración, de acuerdo a ciertos parámetros y umbrales, podrían afectar la competencia y por ello requieren de un control previo para su aprobación, puede interpretarse, contrario sensu, que dicha Ley considera que las operaciones de concentración que no calcen dentro de dichos parámetros y umbrales (incluidas aquellas operaciones que no calificarían como una operación de concentración) no tendrían capacidad de afectar el proceso competitivo **en los términos de la norma**" [Énfasis añadido]. Del análisis anterior se desprende que dicha acotación es crucial pues Indecopi no tiene competencia para pronunciarse sobre la capacidad de afectar el proceso competitivo de actos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las normas de control de fusiones.

derechos para la realización de actividades eléctricas (ProInversión, Comité RER, entre otros). No es necesaria una obligación expresa de aplicar el artículo 122 ni el contar con facultades para velar por la competencia en el sector (que el Ministerio y Osinergmin sin duda tienen) pues toda persona debe cumplir la ley y autoridad del sector público está sujeta a la observancia de la ley.

¿La interrelación entre los pronunciamientos del Indecopi, en el marco del control de fusiones, y la prohibición establecida en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas no fue adecuadamente comprendida por las autoridades a cargo de su aplicación? ¿O quizás los resultados absurdos, las presiones de los diferentes sectores y agentes, y la necesidad de cerrar la brecha de infraestructura nos ha llevado a quedar bien "con dios y con el diablo", mediante soluciones de compromiso que no se ajustan al texto de la ley?

5.5. Problemas identificados en la aplicación del artículo 122 y reforma inconclusa

De una revisión de la historia de aprobación y modificación del artículo 122 de la Ley de Concesiones pareciera que, si bien existió una clara intención del legislador de limitar la integración vertical en la industria eléctrica y mantener "voz y voto" sobre las concentraciones para proteger la competencia en el sector, nunca fue la intención del legislador establecer una prohibición absoluta. Ello pues si bien se pasó de un régimen de separación legal a un régimen más severo de separación de propiedad, al mismo tiempo se pretendió admitir integraciones verticales que no constituyeran un riesgo para la competencia en los segmentos competitivos.

Sin embargo, esto no es lo que viene sucediendo en el Perú con la mal llamada *rule of reason*, introducida en el segundo párrafo del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Parte del problema surge de que la excepción se haya enmarcado en función de los actos de concentración aprobados por Indecopi. El régimen de control de concentraciones y la regla de separación vertical no son totalmente compatibles entre sí. No todas las integraciones verticales son producto de una operación de concentración. Y las integraciones verticales que no son consecuencia de un "acto de concentración" caen en una prohibición absoluta.

La inconsistencia de dichos resultados es fácilmente apreciable a raíz del caso Electrodunas S.A.A. Una correcta aplicación del artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas impediría que un distribuidor tenga inversiones en generación (*greenfield*) aun cuando dicha integración no tenga un impacto en la competencia en los mercados involucrados. En estos casos ni Indecopi es competente ni existe un procedimiento para que Indecopi o una autoridad distinta evalúe los efectos de

la integración vertical en la competencia cuando es producto de otros supuestos. Sin embargo, un distribuidor puede adquirir proyectos de generación pasando por autorización de Indecopi, la que será "automática" en ciertos casos.

Al no establecer el mismo tipo de evaluación para todos los supuestos que pueden dar lugar a una integración vertical no sólo se llega a resultados inconsistentes que dañan la competencia en el mercado, sino que se restringen operaciones que no dañan la competencia, pero que no pueden ser analizadas.

De otro lado, la regla actual no prohíbe la integración en una misma persona jurídica. Bajo la regla actual se permite la integración vertical, incluso a través de un mismo vehículo si Indecopi así lo aprueba. Indecopi tiene facultades para exigir la creación de un vehículo corporativo independiente, pero si no lo hace eso trae su propio set de problemas.

Un ejemplo de ello es precisamente lo acaecido a raíz de la integración de Luz del Sur S.A.A. Como hemos explicado, Luz del Sur S.A.A, importante comprador de electricidad para el mercado libre y regulado, resultó ser titular, a través de la misma empresa, de una concesión de distribución y concesión de generación, en nuestra opinión. Si bien en este caso la integración se debió no a una decisión de Indecopi sino a un error de aplicación de la regla establecida en el artículo 122, el que una misma empresa actúe como generador y distribuidor en el mercado de corto plazo no estaba previsto por la normativa del COES. Luego de la entrada en operación de su central en setiembre de 2015, pese a haber firmado contratos de suministro con diversas empresas generadoras para cumplir con los compromisos de demanda de sus clientes libres, Luz del Sur S. A. A. asignó retiros de potencia a su propia empresa. Luz del Sur S.A.A. consideró que no requería respaldar sus retiros con un contrato de suministro pues contaba con una concesión de generación[32]. Por su parte, los generadores integrantes impugnaron diversas valorizaciones mensuales considerando que dichos retiros debían ser asignados a los contratos de suministro suscritos por Luz del Sur S. A. A. para su mercado libre. Lo contrario, alegaron, implicaba otorgarle una situación privilegiada a Luz del Sur frente a los demás generadores.

El Directorio del COES consideró que no podía desconocer la concesión de generación de la cual era titular Luz del Sur y que fue otorgada por el Estado para realizar dicha actividad, de acuerdo con lo cual a partir de dicha fecha Luz del Sur se desempeñaba en el mercado eléctrico tanto como distribuidor y como generador.

[32] De acuerdo con el Procedimiento Técnico COES 10, los distribuidores requieren respaldar sus retiros con contratos de suministro.

Dicha decisión fue confirmada mediante arbitraje[33]. La situación cambió cuando Luz del Sur S.A.A accedió a escindir sus activos de generación y distribución en distintos vehículos corporativos. Sin embargo, no fue sino hasta el 2020, a raíz de una operación de concentración involucrando a dicha empresa que las ventas de energía entre Luz del Sur S.A.A. y sus vinculados estuvieron sujetas a la condición de licitar dicha demanda[34].

Otro problema es que la regla contenida en el artículo 122 de la Ley de Concesiones Eléctricas parte de la premisa que no hay integración vertical, pero ¿qué pasa cuando ya la hay? Esta norma no regula cómo debe manejarse la afectación a la competencia producto del crecimiento de una empresa que ya está integrada verticalmente cuando este no se derive de una operación de concentración[35]. Producto de la interpretación que en este caso no hay prohibición, porque no se está ocasionando una nueva integración vertical, luego de la adquisición de la C.H Santa Teresa, el grupo económico de Luz del Sur S.A.A viene desarrollando proyectos de generación de más de 500 MW adicionales. No cabe duda de que, de volverse realidad esta generación vinculada, ello cambiaría el paisaje de la competencia en el mercado de generación. Sin embargo, ello no ha sido materia de una evaluación para el otorgamiento de los permisos o títulos habilitantes correspondientes.

En el 2018, el Ministerio de Energía y Minas hizo un intento de concordar la evaluación de los actos que acarreen una integración vertical, abordando parcialmente estos problemas agregando el siguiente tercer párrafo al artículo 122[36]:

> Si durante el procedimiento de otorgamiento de concesión definitiva o autorización, se presenten casos de integración vertical que no califican como actos de concentración conforme a la normatividad de la materia, el Ministerio de Energía y Minas evalúa el otorga
>
> miento del respectivo derecho eléctrico, conforme a las condiciones definidas mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Economía y Finanzas.

---

33 Laudo emitido por Fernando Cantuarias, Shoschana Zuzman y Cecilia O'Neill con fecha 19 de octubre de 2017 respecto de las valorizaciones de setiembre de 2015 a mayo de 2017.

34 Ver Resolución N.° 007-2020/INDECOPI-CLC.

35 Así, por ejemplo, en el desarrollo de subsiguientes proyectos de generación, Luz del Sur S.A.A ha alegado que a partir de la adquisición del proyecto C.H Santa Teresa, adquirió la condición de generador con los derechos y deberes que establecen las leyes aplicables para estos efectos, entre ellos, el derecho a desarrollar nuevos proyectos de generación con recursos propios sin necesidad de obtener una autorización previa de Indecopi.

36 Tercer párrafo incorporado por el artículo 50 del Decreto Legislativo 1451, publicado el 16 septiembre 2018.

Dicho artículo entraría en vigencia al día siguiente de la publicación de su reglamentación, la cual debía ser aprobada en un plazo no mayor a treinta (30) días. El problema es que en estos casos no hay autoridad ni procedimiento para esta evaluación. Ni la competencia de Indecopi, ni los parámetros establecidos por las normas de control de concentraciones son aplicables. A la fecha de redacción de este artículo no se ha aprobado la reglamentación correspondiente, la que tendría que precisar quien y como se hará dicha evaluación del impacto en la competencia.

Mientras tanto, la conclusión es una regla inconsistente. Si bien algunas inconsistencias se han eliminado, como efecto colateral, a raíz de la aprobación de la Ley 31112, de más amplio alcance que la Ley Antimonopolio, el problema subsiste.

6. CONCLUSIONES: CONSECUENCIAS DE TREINTA AÑOS DE APLICACIÓN Y RIESGOS QUE ABORDAR

En el Perú, la desintegración vertical de actividades se contempló como un eje central de la regulación eléctrica peruana, en tanto presupuesto esencial para la existencia de competencia en el mercado de generación. Ello de manera consistente con la tendencia a nivel comparado de considerar que la desintegración vertical disminuye el riesgo de comportamientos oportunistas de las empresas que operen como titulares de los negocios de redes, que pudieran menoscabar la competencia en los segmentos competitivos y en el entendido que un mercado desintegrado crea condiciones para una regulación más eficaz.

La literatura moderna sugiere; sin embargo, que la integración no siempre es mala. Hemos explicado que la integración vertical tiene costos y beneficios cuyo balance dependerá del caso particular. Con la separación vertical se pierden economías de alcance, principalmente aquellas debidas a la coordinación de inversiones de trasmisión y generación. Asimismo, el establecimiento de una prohibición absoluta aplicable a las integraciones verticales restringe a priori la inversión por parte de empresas que operan en distintos segmentos del mercado, aun cuando pudiera tratarse de inversiones eficientes o necesarias y no exista una justificación desde el punto de vista de competencia para limitarlas. De otro lado, con la separación vertical, se ganan mercados de generación y comercialización más competitivos y monopolios de transmisión y distribución más fáciles de regular.

Al diseñar entonces una política regulatoria de separación vertical deben sopesarse los beneficios de introducir dicho régimen con el interés de permitir y promover inversiones eficientes (y necesarias) en el sector, aspecto no desdeñable en un país que requiere inversiones para cerrar la brecha de infraestructura para cumplir con metas básicas en materia de prestación de servicios públicos.

En un mercado algo más consolidado, es conveniente seguir considerando cada caso por sus méritos y no prohibir la integración *per se*, balanceando el doble objetivo de velar por la competencia en los segmentos competitivos y cerrar la brecha de infraestructura en el país. Sin embargo, no debe perderse de vista que contar con un mercado a corto plazo verdaderamente competitivo, se debe contar con muchos compradores y vendedores que neutralicen el poder de mercado de cualquiera de ellos. En este orden de ideas, se requiere culminar con el proceso de introducir competencia en los segmentos competitivos, abriendo gradualmente paso a la comercialización minorista[37] y eliminando las distorsiones que han quedado como parte del proceso (participación del Estado, empresas que no fueron desagregadas) y se requieren reglas que realmente cumplan con restringir consistentemente aquellas integraciones dañinas para la competencia y permitir aquellas que no lo son.

Particularmente, se hace necesario corregir las reglas aplicables a las integraciones verticales de cara a contar con una evaluación consistente de los distintos escenarios que pueden dar lugar a una integración vertical. Dicha evaluación debe ser un presupuesto al otorgamiento títulos habilitantes y/o derechos vinculados con la realización de actividades eléctricas. Deben precisarse los criterios para la evaluación del impacto de la posible integración vertical en la competencia y poner a una misma autoridad a cargo en todos los casos. Quién debe ser esta autoridad es una buena pregunta. Hay opciones que evaluar, pero es importante que en cualquier caso se tomen en cuenta los aportes de los demás organismos que tienen la responsabilidad de velar por el correcto funcionamiento del mercado de energía.

De otro lado, hoy en día se requiere abordar una realidad. Es hora de aceptar que el sector eléctrico peruano es uno en el que, pese a los esfuerzos de la privatización y desagregación de actividades, operan una serie de empresas integradas verticalmente. Además de las empresas estatales, hoy en día los dos principales agentes en el mercado de distribución, que según Osinergmin representan conjuntamente un porcentaje mayor al 50% en dicho mercado, se encuentran verticalmente integrados con empresas de generación.

No cabe duda de que la regulación de conductas queda influenciada o determinada por la estructura del mercado. Un mercado con integración requiere de más

[37] En esta misma línea, la necesidad de introducir competencia en el mercado de comercialización minorista y continuar con la desagregación de actividades ha sido reconocida como necesaria para avanzar gradualmente con la competencia en el mercado de comercialización de cara a la modernización del sector eléctrico peruano por el equipo contratado por la Comisión de Reforma del Sector Eléctrico para la evaluación temática 3: Innovación en distribución y comercialización. Ver informe final sobre mejores prácticas y recomendaciones de fecha mayo 2021.

supervisión y regulación. Como explica Quintana (2008), "si bien la liberalización no requiere necesariamente que la empresa que cuenta con monopolio natural no participe en las actividades competitivas" (p. 52), si se permite la integración vertical, la siguiente pregunta de relevancia es cómo regular los términos en que la empresa titular del monopolio natural competirá en el mercado relacionado que se brinda en condiciones de competencia, dado los incentivos anticompetitivos que puede tener.

Bajo el paraguas de la Ley de Concesiones Eléctricas, la regulación partió de la premisa que se operaría en un mercado verticalmente desintegrado, con excepción de la comercialización y distribución. Con la reestructuración del mercado y durante su desarrollo, se emitieron normas específicas destinadas a incentivar la competencia y reducir costos de transacción[38]. Asimismo, como quiera que la regulación previó que las empresas comercializadoras y distribuidoras realicen tales actividades en forma combinada, se aprobaron una serie de reglas de conducta dirigidas a limitar comportamientos estratégicos de los distribuidores que pudieran afectar el desarrollo de la competencia en el segmento de comercialización a clientes libres[39].

Sin embargo, la ley no ha previsto que se realice la actividad de distribución de forma combinada con la generación. No se abordaron a cabalidad las situaciones que estarían implicadas en un mercado verticalmente integrado generación-distribución. Se requiere regular el autoabastecimiento entre un generador y distribuidor vinculados, así como las situaciones en las que una empresa distribuidora ofrece un trato preferencial a los usuarios libres que tienen contratos con un generador vinculado.

Significativamente, la regulación peruana no contiene reglas de conducta dirigidas a evitar el *self-dealing* de un distribuidor integrado. En el Perú, a diferencia de lo que sucede en otros países de la región[40], el mecanismo de licitaciones introdu-

[38] Quintana (2003) explica que dentro de estas se encuentran reglas tales como publicidad de los contratos de suministro con usuarios libres, facturación desagregada, regulación de tarifas y peajes de transmisión y distribución, *open access*, entre otros (p. 76).

[39] Así, por ejemplo, se han contemplado medidas dirigidas a evitar negativas injustificadas de acceso, tratos discriminatorios y la imposición de contratar con el distribuidor o condicionar el acceso a la red de distribución a la suscripción de un contrato de suministro con la distribuidora, demorar injustificadamente obras conexión, negar información para estudios de operatividad, requerir equipos o materiales onerosos e injustificados técnicamente para obras de conexión. Se ha emitido abundante regulación que se ocupa precisamente de limitar y sancionar este tipo de conductas, como "mecanismos que reduzcan los incentivos y disuadan a las empresas de ejercer su poder monopólico en aquellos segmentos u actividades en los que resulta posible el desarrollo de competencia (actividad de comercialización)".

[40] Así, por ejemplo, en el caso de Chile, se exige a los distribuidores efectuar las compras para el mercado regulado obligatoriamente mediante licitaciones. Por su parte, en Colombia, la regulación establece que para que una empresa que desarrolle en forma combinada la actividad de generación con la de

cido por Ley N.° 28832 no es de carácter obligatorio[41]. La regulación relativa a las licitaciones de energía introducida mediante Ley N.° 28832 - Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, tampoco establece una regla o límite para ventas directas entre agentes de un mismo grupo económico.

En la regulación peruana no se abordan los incentivos que se presentan en el caso de estas empresas empleen el mecanismo de contratación bilateral para colocar su demanda en sus generadores vinculados, restringiendo de esta forma la demanda disponible para generadores no vinculados y reduciendo la contestabilidad del mercado de generación y comercialización mayorista. Si bien la regulación vigente contempla incentivos para que los distribuidores busquen minimizar el costo de compra de energía para sus clientes[42], es altamente probable que los incentivos para obtener una rentabilidad superior como grupo económico sean superiores. Este incentivo puede además acentuarse de acuerdo con las condiciones del mercado. Es públicamente conocido que en los últimos años el sector eléctrico peruano ha presentado una situación de sobreoferta de energía[43] y una fuerte migración de usuarios regulados hacia el mercado de clientes libres[44] así como un mercado de corto plazo o *spot* con precios significativamente por debajo del precio en barra (precio regulado).

---

comercialización o distribución-comercialización, pueda atender la demanda con energía propia, previamente deberá hacer una convocatoria pública.

41 Bajo el esquema actual, aprobado mediante la dación de la Ley 28832, Ley de Desarrollo de la Generación Eficiente, el abastecimiento del suministro de energía al mercado regulado está sujeto a regulación de precios salvo que sea producto de licitaciones conducidas al amparo de dicha ley. Las empresas de distribución que deseen satisfacer pueden satisfacer su demanda de energía indistintamente mediante contratos bilaterales (a Precio en Barra) o mediante contratos resultantes de licitaciones conducidas al amparo de dicha ley.

42 Ver artículo 29 de la Ley N.° 28832 - Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica que otorga incentivos a los distribuidores al permitirles capturar parte de la ganancia obtenida por negociar mejores precios eléctricos como parte del mecanismo del Precio a Nivel Generación.

43 En efecto, desde el año 2014 se comenzó a apreciar un exceso de generación eléctrica en el mercado eléctrico peruano. Dicha situación se relató claramente en MINEM (2014): "En 2014, la demanda creció menos de lo esperado debido al menor crecimiento económico del año y el retraso de diversos proyectos mineros, mientras que la oferta siguió expandiéndose de acuerdo al plan de obras del sistema. Así, los costos marginales estuvieron en mínimos como reflejo de la regulación y el exceso de oferta. Además, se abrió una ventana de oportunidad beneficiosa para que los usuarios libres mejoraran las condiciones comerciales de sus suministros" (p. 58).

44 En este orden de ideas, explica Dammert y otros que: "El número de usuarios libres atendidos por las empresas de generación eléctrica ha venido aumentando en los últimos años; lo contrario ha ocurrido con el número de clientes libres atendidos por las empresas de distribución eléctrica. La cantidad total de usuarios libres se ha mantenido relativamente estable. Esto refleja que los usuarios libres se han traslados de las empresas de distribución hacia las empresas de generación eléctrica debido a las mejores condiciones que estas últimas han venido ofreciendo" (Lowe, Webster & Lindberg, 2007, p. 104).

Frente a ello, el distribuidor tiene incentivos para intentar mantener su participación en el mercado de clientes libres a toda costa o "trasladar el cliente" a sus generadoras vinculadas a efectos de que la venta se quede dentro del grupo económico. El generador integrado con un distribuidor puede así asegurarse su "cuota" de colocación de energía y recibir en cabeza del grupo económico la ganancia de un precio superior al que vendería su energía en el *spot*.

Como ya hemos explicado, el distribuidor está además en la capacidad de trasladar su posición del dominio para restringir la competencia en el mercado de generación. Existen múltiples manifestaciones de esta conducta. Podría discriminar a favor de su generador vinculado ofreciéndole mejores condiciones o a través del control que tiene de las líneas de distribución restringir el acceso de generadores a potenciales clientes, u ofrecer a los clientes regulados que migren como clientes libres de su propio grupo económico beneficios que no se otorgan a quienes migren a ser suministrados por otros generadores. Puede por ejemplo eliminar el plazo de espera de un (1) año para el cambio de condición de cliente regulado a libre[45]. De esta forma puede ofrecer ventajas a los usuarios que ningún generador podría ofrecer, dar inicio a un contrato con mejores precios inmediatamente.

Sin los adecuados mecanismos de protección la desintegración de actividades y las consecuentes virtudes de la competencia en el mercado de generación peligra. En el mismo sentido, como parte del Informe sobre Integración Vertical que formó parte de la consultoría denominada "Apoyo Técnico para el Desarrollo de Energía e Integración en Perú" realizada por Deloitte Financial Advisory Services, LLP y Black & Veatch para el Ministerio de Energía y Minas en abril de 2018, se señaló que:

> En un mercado que prohíbe cualquier tipo de integración vertical, no habría amenaza de las conductas que favorecen el interés propio ya que se prohibiría a la misma entidad ser propietaria o tener el control de los activos de distribución y generación. Una amenaza de las conductas que favorecen el interés propio surge potencialmente si la misma casa matriz tiene entidades jurídicas separadas que controlan los activos de generación y distribución (ENEL Perú); esta amenaza es

[45] Así, por ejemplo, Indecopi viene conociendo en la actualidad diversas investigaciones contra distribuidores por abuso de posición de dominio al aplicar condiciones desiguales a sus clientes para ofrecer los mismos servicios, por implementar una política para exonerar del plazo del preaviso de un año a aquellos usuarios regulados que cambiaban su condición a usuarios libres, siempre y cuando se comprometan a mantenerla como suministradora en el mercado libre. Sin embargo, sí exigía el cumplimiento de este plazo a aquellos usuarios que cambiaron a usuarios libres, pero que optaron por contratar con sus competidores. De acuerdo con el artículo 4.1. del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, los usuarios deberán comunicar por escrito al suministrador su voluntad de cambiar de condición con una anticipación no menor a un año, sin embargo, el Distribuidor puede reducir dicho plazo.

> mayor si la misma empresa es propietaria de o controla los activos de generación y distribución (LDS) (p. 24).

Indecopi ha reconocido al *self dealing* como uno de los problemas que surgen de la integración vertical imponiendo a empresas integradas la condición de licitar sus compras de energía. Tan es ello así que Indecopi condicionó la operación de concentración que involucraba la integración vertical de las actividades de generación y distribución del Grupo Endesa (hoy Enel), a fin de garantizar el mantenimiento de las condiciones de competencia en el segmento de comercialización de energía. La regla de conducta impuesta por Indecopi fue obligar a la distribuidora integrada a realizar licitaciones para todas las adquisiciones de energía que requiriese[46]. La comisión justificó esta limitación la necesidad de evitar que el distribuidor oriente sus compras hacia su generador vinculado, perjudicando a los competidores[47]. Esta regla vigente por veintidós años ha sido parcialmente revocada a la fecha de redacción de este artículo estableciéndose que Enel no está obligada a licitar más que cuando las generadoras de su grupo económico participarán del suministro, pudiendo suscribir contratos bilaterales con generadores independientes. Al adoptar dicha decisión Indecopi declaró en similar sentido la necesidad de promover la transparencia en la adquisición de energía para evitar que los distribuidores integrados favorezcan a sus generadores vinculados y en consecuencia se discrimine a competidores. Sin embargo, se requieren por tanto reglas consistentes aplicables de manera general para abordar estas situaciones. Así por ejemplo a la fecha Luz del Sur S.A.A tiene impuesta una condición similar, sin embargo, esta solo le es aplicable desde el 2020 y no está sujeta a plazo[48].

Como explica Quintana (2018), la elección entre la integración o separación vertical en cada industria constituye una decisión regulatoria fundamental, dado que determina el carácter del diseño regulatorio en conjunto.

---

46 Resolución N.° 012-99-INDECOPI/CLC del 3 de diciembre de 1999. Evaluación de la operación de Concentración derivada de la adquisición de acciones de Enersis S. A. por parte de Endesa de España y la adquisición de acciones de Endesa de Chile por parte de Enersis S. A y Resolución N.° 0142-2021/SCD-INDECOPI de fecha 30 de setiembre de 2021 por la cual se evaluó la solicitud de revocatoria presentada por Enel Distribución Perú S. A. A.

47 Es así que la comisión señaló lo siguiente en el considerando 71 de la Resolución de Autorización que "El principal efecto sobre la competencia entre generadores, resultante de la posibilidad que EDELNOR oriente sus compras hacia sus generadores vinculados, sería que el resto de generadores vería limitada su posibilidad de firmar contratos de largo plazo con EDELNOR, empresa que constituye la principal demandante de energía a los generadores del Sistema Interconectado Centro Norte"

48 Resolución N.° 007-2020-CLC/INDECOPI. Evaluación de la operación de concentración empresarial por la que China Yangtze Power International (Hong Kong) Coadquirió acciones de Sempra Americas Bermuda Ltd. y Peruvian Opportunity Company S.A.C. obteniendo así el control de Luz del Sur S.A.A. e Inland Energy S.A.C2 (en adelante, Inland).

> 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 de este, e incluso cuando se introducen modificaciones legislativas de relevancia que se espera influyan en el desempeño conjunto de la industria" (Quintana, 2018, p. 86).

¿Qué esperamos para dar un paso adelante en la regulación para contar con mercados verdaderamente competitivos?

7. LISTA DE REFERENCIAS

Bondorevsky, D. (2001). *Concentración horizontal en el sector de distribución eléctrica en Argentina* [Texto de Discusión N° 28]. https://www.uade.edu.ar/DocsDownload/Publicaciones/4_226_1579_STD028_2001.pdf

Bustos, A. y Galetovic, A. (2003). *Vertical Integration and Sabotage in Regulated Industries I: A Perfectly Competitive Downstream Market*. Editorial Mimeo, Princeton University y Centro de Economía Aplicada.

Dammert, A., Molinelli, F. y Carbajal, M. (2011). *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano*. Osinergmin.

Economides, N. (1998). The Incentive for Non-Price Discrimination by an Input Monopolist. *International Journal of Industrial Organization*, (16), 271-284. https://doi.org/10.1016/S0167-7187(98)00005-8

Galetovic, A. (2003). Integración vertical en el sector eléctrico: una guía para el usuario. *Revista de Estudios Públicos,* (91), 199-232. https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-91-a-la-120/estudios-publicos-n-91-2003/integracion-vertical-en-el-sector-electrico-una-guia-para-el-usuario

Hunt, S. (2002). *Making competition work in electricity*. John Wiley & Sons, Inc.

INDECOPI (1999). *"Competencia en el mercado de clientes finales de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios"* [Documento de Trabajo N° 3]. https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/CompMercClienFinEnerElecNoSujReguPrec-Nov.doc

Joskow, P. (2008). Lessons Learned from Electricity Market Liberalization. *The Energy Journal, Special Issue. 9*, 9-42. International Association for Energy Economics, https://economics.mit.edu/files/2093

Lowe, P., Webster, W. & Lindberg, P. (2007). Effective unbundling of energy transmission network: lessons from the Energy Sector Inquiry. *Competition Policy Newsletter*, (1), 23-34. https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_23.pdf

Mandy, D. (2000). Killing the Goose that May Have Laid the Golden Egg: Only the Data Knows Whether Sabotage Pays. *Journal of Regulatory Economics*, (17), 157-172.

Ministerio de Energía y Minas. (2014). *Anuario Ejecutivo de Electricidad 2014.* http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Anuario%20Ejecutivo%20de%20Electricidad-Final.pdf

Osinergmin. (2016). *La Industria de la Electricidad en el Perú. 25 años de aportes al crecimiento económico del país*.

https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anios.pdf

Osinergmin (2020). *Participación de las Empresas Generadoras en el Mercado Eléctrico - Año 2020.* https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/electricidad/Documentos/Publicaciones/Participacion-Empresas-Mercado-Electrico-2020.pdf

Quintana, E. (2008). Integración o Separación Vertical en Industrias de Redes: ¿Regulación a través de La Estructura de la Industria? *Revista de Derecho Administrativo,* (4), 51-86. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14526.

Quiñones, M. (2005). Mercado eléctrico en el Perú: ¿Una utopía? *Themis Revista De Derecho*, (50), 73-85. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8750

Rebaza, A. (1997). El Control de Adquisiciones y Fusiones en la Nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico: Una raya más al tigre del intervencionismo. *Themis Revista de Derecho,* 36, 91-101. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11726