

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EMPRESAS ESTATALES PERUANAS DE GENERACIÓN ELÉCTRICA BAJO LA
MIRA: UN ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

Tesis para optar por el Título de Abogado que presenta la Bachiller:

XIMENA RAQUEL CALDERÓN ROJAS

Ramón Huapaya Tapia

Asesor

LIMA, 2017

El objetivo del presente trabajo es desarrollar una respuesta ante la interrogante de si las empresas estatales de generación eléctrica cumplen o no un rol subsidiario en dicho mercado, a la luz del principio de subsidiariedad que se desarrolla en el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993. Luego de una investigación, confirmando la hipótesis, se concluye que es necesaria una reinterpretación del principio de subsidiariedad, en la medida que una lectura del mismo no debe limitarse a su fase negativa o deber de abstención del Estado, sino también a su fase positiva o deber de intervenir del Estado cuando subsistan razones que así lo requieran. En el caso de la generación eléctrica, las empresas estatales cumplen un rol subsidiario en la medida que complementan y no interfieren con la participación del sector privado. Esto se manifiesta principalmente en el hecho de que pese a todos los esfuerzos del Estado por estimular el desarrollo de la inversión privada en el segmento de la generación eléctrica bajo las pautas de la Ley de Concesiones Eléctricas, este último no ha tenido una respuesta adecuada a tal estímulo, evidenciando la escasa apuesta del sector privado para el desarrollo de grandes proyectos de generación hidroeléctrica. Estos últimos son proyectos de inversión que resultan a largo plazo convenientes para el país pero que no necesariamente son atractivos en el corto y mediano plazo para el sector privado, por lo que han sido asumidos por las generadoras estatales. En ese sentido, las empresas estatales pueden desarrollar un rol subsidiario en la generación eléctrica y, por ende, deben seguir operando en este sector.

*A mis padres, Alicia y César.
Esta tesis es evidencia de
su esfuerzo, trabajo y sacrificio
para que yo estudie y tenga
más de lo que ustedes tuvieron.
Y por eso es para ustedes.*



INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO 1 – La intervención estatal en la industria eléctrica según la experiencia comparada.....	8
1.1 Las actividades de la industria eléctrica: El camino de la electricidad.....	8
1.2 Generalidades técnicas y económicas de la industria eléctrica.....	10
1.3 ¿Es necesaria la intervención estatal en la industria eléctrica?	16
1.4 Los modelos de organización industrial y de regulación del sector eléctrico: Los modelos teóricos de Sally HUNT	26
1.5 Evaluación del mercado eléctrico latinoamericano desde los modelos de HUNT: Los casos de México y Colombia como modelos de análisis	39
1.6 El rol empresarial del Estado en el sector eléctrico: ¿Necesario o contingente?	48
CAPÍTULO 2 – La intervención estatal en la evolución normativa de la industria eléctrica en el Perú	57
2.1 El inicio de la industria eléctrica peruana por la actividad privada.....	57
2.2 La Ley de la Industria Eléctrica: un modelo para la promoción de la inversión privada	59
2.3 La estatización y la integración vertical de la industria eléctrica: el Decreto Ley Normativo de Electricidad y la creación de ELECTROPERÚ	64
2.4 Consolidación de la industria eléctrica en manos estatales: la Ley General de Electricidad	68
2.5 Punto de quiebre en el modelo de Estado intervencionista y las reformas de “primera generación”: Análisis de la reforma de la Ley de Concesiones Eléctricas .	75
2.6 Las reformas de “segunda generación”: Análisis de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.....	83
2.7 Diagnóstico preliminar: pese a las reformas y la introducción de competencia, el Estado es regulador del sector eléctrico y a la vez mantiene actividad empresarial ¿es esto coherente?.....	89
CAPÍTULO 3 – El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica.....	93
3.1 El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana	93
3.2 El principio de subsidiariedad a nivel normativo	116
3.3 El principio de subsidiariedad a nivel administrativo	127
3.4 Cuestionamiento de la subsidiariedad de las empresas estatales de generación eléctrica ante INDECOPI	156
CAPÍTULO 4 – Revisión de la aplicación del principio de subsidiariedad a propósito de la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica	161
4.1 Los intentos del Estado de promover la inversión privada en las generadoras estatales a partir de los años 90.....	161
4.2 Sobre el requisito de habilitación por ley expresa de las generadoras estatales	198
4.3 Evaluación de la participación de las empresas estatales en el mercado de generación eléctrica	203

4.4	Cuestionando la aplicación del principio de subsidiariedad a propósito de las generadoras estatales.....	217
4.5	La empresa estatal de generación eléctrica como solución de última ratio ...	224
4.6	¿Cumplen las empresas estatales de generación eléctrica con tener un rol subsidiario?.....	246
4.7	Compatibilizando la actividad empresarial del Estado con el principio de subsidiariedad	261
CONCLUSIONES		265
BIBLIOGRAFÍA GENERAL		269
AGRADECIMIENTO		281



INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es desarrollar una respuesta ante la interrogante de si las empresas estatales de generación eléctrica cumplen o no un rol subsidiario en dicho mercado. Ello, a la luz del principio de subsidiariedad, que se desarrolla en el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece que *“sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”*.

Casi veinticuatro años después de la entrada en vigencia de dicha norma constitucional, son cinco las empresas estatales que actualmente participan en el mercado de generación eléctrica (ELECTROPERU, EGASA, EGEMSA, EGESUR y SAN GABAN¹), tres de las cuales fueron constituidas antes de la entrada en vigencia de la Constitución (ELECTROPERU, EGASA Y EGEMSA), y que operan además algunas de las centrales eléctricas más importantes del país. No obstante, a la fecha, el Estado no ha hecho un análisis (y de hecho ha evitado hacerlo) respecto a si estas empresas estatales cumplen o no un rol subsidiario.

Esta situación ha generado un debate no solo de carácter legal, al sostenerse que la participación de estas empresas estatales es inconstitucional, sino también de carácter técnico, social y político. Esto último se debe no solo al hecho de que el acceso, confiabilidad y continuidad del suministro eléctrico es un asunto de especial interés para el Estado; sino que además, aun cuando se trata de un mercado competitivo, la generación eléctrica sostiene en un nivel técnico y económico dos servicios públicos, como son la transmisión y distribución eléctrica.

¹ Electroperú S.A.; Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.; Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A.; Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A.; Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.

En atención a esta problemática y a las particularidades de la generación eléctrica que definen el orden y el enfoque del presente trabajo, en el primer capítulo, se presentará la intervención estatal en la industria eléctrica según la experiencia comparada. En esta primera parte, se describirá el funcionamiento de esta industria, para luego responder a la pregunta de si la intervención estatal es necesaria para su funcionamiento. Una vez definido este asunto, se expondrán los modelos teóricos de la autora Sally Hunt que explican la introducción gradual de la competencia en la industria eléctrica, para luego evaluar el ejemplo de dos países latinoamericanos, México y Colombia, a fin de determinar si el rol empresarial del Estado en el sector eléctrico es necesario o contingente.

En el segundo capítulo, el trabajo se enfoca en el caso peruano y se analiza la intervención estatal en la evolución normativa de la industria eléctrica en el Perú. Este análisis abarca desde el origen de la industria eléctrica en 1886 hasta las reformas de “segunda generación” en el 2006. Esta segunda parte finaliza con una reflexión respecto a si resulta coherente que el Estado mantenga actividad empresarial en un mercado como la generación eléctrica, en la que ha buscado y continúa buscando introducir la competencia.

En el tercer capítulo, se realiza una evaluación integral del principio de subsidiariedad a nivel constitucional, legal y administrativo. En esta parte, se presentan los antecedentes y fundamentos del principio de subsidiariedad y su aplicación de acuerdo al marco legal vigente. Esta tercera parte finaliza introduciendo el cuestionamiento respecto a la subsidiariedad de las empresas estatales de generación eléctrica.

Finalmente, el cuarto capítulo aborda la interrogante principal del presente trabajo respecto a si las empresas estatales de generación eléctrica cumplen o no un rol subsidiario. Para dar respuesta a ello, se describen los intentos que ha tenido el Estado para estimular la inversión privada en esta actividad, desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, y que incluye una explicación de las medidas implementadas que han resultado en distorsiones del funcionamiento actual de la industria eléctrica en el país. Asimismo, en este capítulo final se expone la situación actual de la participación de las empresas estatales en la generación eléctrica y se finaliza con una conclusión y una serie de reflexiones en torno a este debate.



CAPÍTULO 1 – La intervención estatal en la industria eléctrica según la experiencia comparada

1.1 Las actividades de la industria eléctrica: El camino de la electricidad

¿Cómo funciona la industria eléctrica en términos simples? Están las actividades físicas tradicionales: generación (producción), transmisión, operación del sistema, distribución (...); y están las actividades comerciales como las ventas a los consumidores finales y las ventas de energía en el mercado mayorista. Tradicionalmente, toda la industria ha tenido sus precios fijados por los gobiernos o por reguladores independientes asignados por el gobierno. En el movimiento mundial hacia la competencia, algunas de estas actividades están siendo desreguladas, pero otras continúan teniendo precios fijados por reguladores o gobiernos².

A partir de esta cita de la autora Sally HUNT, se identifican dos aspectos primordiales de la industria eléctrica: **(i)** está conformada por las actividades de generación, transmisión, distribución y operación del sistema; y, **(ii)** es una industria tradicionalmente regulada.

Sobre el primer aspecto, puede señalarse que la industria eléctrica está estructurada en forma secuencial. Se inicia con la producción o **generación** de energía eléctrica a partir de una diversidad de fuentes (agua, en el caso de centrales hidráulicas; petróleo, carbón o gas, en el caso de las centrales térmicas; fisión, en el caso de las centrales nucleares; viento, en el caso de las centrales eólicas; rayos solares, en el caso de centrales solares; y así sucesivamente). En ese sentido, las protagonistas en esta primera etapa son las centrales eléctricas operadas por los generadores³.

² Traducción libre de: "How does the electricity industry function in simple terms? There are the traditional physical functions: generation (production), transmission, system operations, distribution (...); and there are merchant functions such as retailing to final customers and wholesale power procurement. Traditionally, the entire industry has had its prices set for it by governments or by independent regulators appointed by the government. In the worldwide move to competition, some of these functions are being deregulated, but others will continue to have prices set by regulators or governments". HUNT, Sally. *Making competition work in electricity*. 2002. Nueva York: John Wiley & Sons, Inc., p. 17.

³ VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho eléctrico*. Agosto de 2004. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.22.
<http://vergarablanca.cl/Publicaciones/IV.%20Derecho%20Electrico/AVB%20IV%2017.1%202004%20ELECTRICO%20derecho%20electronico.PDF>

A su vez, estas centrales están conectadas a un sistema de redes (líneas o conductores físicos) de alta tensión, a través del cual se transporta la energía eléctrica generada, que cruza largas distancias, pasando por ríos, terrenos públicos y privados, hasta las subestaciones de transformación que reducen el voltaje de la energía eléctrica (de alta tensión a media o baja tensión). Esta segunda etapa recibe el nombre de **transmisión** eléctrica⁴.

Finalmente, la energía eléctrica se distribuye desde la subestaciones de transformación a una tensión reducida (media o baja tensión), hasta los puntos de consumo finales. En esta etapa, denominada **distribución**, la energía eléctrica se conduce a través de líneas aéreas y subterráneas, por calles y caminos, hasta los hogares (empalmes) de los usuarios finales⁵.

En todo este sistema eléctrico, participa un **operador**, cuya función consiste en coordinar la cantidad de energía eléctrica generada y la satisfacción de la demanda. En ese sentido, es el trabajo del operador ordenar a las centrales de generación a producir energía eléctrica, ordenándoles a despachar en tiempo real, en el orden que resulte más eficiente y más económico para el sistema. Esta tarea involucra adicionalmente asegurarse de que ninguna línea de transmisión resulte sobrecargada, pues ello constituye una amenaza para la estabilidad del sistema⁶.

Lo usual es que exista un único operador por cada sistema eléctrico. En algunos casos, existe un sistema eléctrico por cada país (Francia, Inglaterra y Gales, Nueva Zelanda, Argentina, México, Perú); en otros casos, existe un sistema eléctrico por

⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro, p. 22-23.

⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro, p. 22-23.

⁶ HUNT, Sally, p. 20.

cada provincia o cada región (Australia, China); y, en otros casos, el sistema eléctrico ha sido generalmente una sola compañía (Estados Unidos y Canadá)⁷.

El segundo aspecto planteado en la cita de HUNT, respecto a que la industria eléctrica es tradicionalmente regulada, será abordado en el numeral 1.3 de este primer capítulo.

1.2 Generalidades técnicas y económicas de la industria eléctrica

El derecho eléctrico⁸ es una disciplina jurídica compleja, porque exige al jurista una comprensión de los aspectos técnicos y económicos que rigen la electricidad. En ese sentido, una investigación sobre esta materia debe necesariamente iniciar en un estudio de sus características técnicas y económicas. Es a partir de estas características, originadas en leyes físicas⁹ en lugar de leyes jurídicas, que se construye el derecho eléctrico.

Es por ello que, a continuación se detallan cuáles son los aspectos técnicos y económicos que universalmente caracterizan la electricidad y que constituyen el punto de partida de esta investigación¹⁰:

(i) **La electricidad no puede almacenarse en grandes cantidades a costos razonables**

⁷ HUNT, Sally, p. 21.

⁸ Esta denominación ha sido extraída del título del libro con ese nombre: VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho eléctrico*. Agosto de 2004. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁹ Es una idea que se adaptó de la siguiente cita: “*La energía se desplaza de acuerdo a leyes físicas (...)*”. DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA. *Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano*. Documento de Trabajo N° 5. Setiembre 2005. Lima: Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, p.12.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_05.pdf

¹⁰ Las diez características técnicas de este listado han sido extraídas de la siguiente fuente bibliográfica: DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, pp. 10-16.

En palabras de HUNT, la electricidad no es “económicamente almacenable”¹¹, por lo que tiene que ser generada cuando es demandada¹². Para ello, se requiere de un mecanismo de coordinación del sistema que asegure la satisfacción de la demanda en tiempo real y que garantice que la potencia instalada de todas las centrales de generación que inyectan energía al sistema satisfagan la máxima demanda de electricidad en un determinado período de tiempo. Asimismo, es necesario contar con una capacidad de reserva, que garantice la satisfacción de la demanda ante la ocurrencia de eventos inesperados que comprometan la potencia instalada¹³.

(ii) La demanda eléctrica es variable y la oferta es incierta

La producción de energía eléctrica depende en casi todos los casos -a excepción de las centrales térmicas- de fuentes naturales. Lo que significa que la oferta eléctrica se determina en función de las fuerzas de la naturaleza. Así, por ejemplo, las centrales hidroeléctricas dependen del caudal de un río, las centrales eólicas de la magnitud del viento y las centrales solares de la cantidad de energía solar. Nuevamente, esta segunda característica hace necesaria la existencia de un mecanismo de coordinación del sistema que asegure la satisfacción de la demanda ante la incertidumbre de la oferta¹⁴.

(iii) Dificultad en la medición del consumo de energía en tiempo real

La variabilidad de la demanda no hace posible cobrar a los usuarios distinguiendo su consumo por bloque horario¹⁵. Solo en un día, la demanda varía dependiendo de si es

¹¹ “*Electricity cannot be stored. Or rather, it cannot be economically stored*”. HUNT, Sally, p. 30.

¹² HUNT, Sally, p. 30.

¹³ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, pp. 10-11.

¹⁴ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 11.

¹⁵ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 11.

de día o de noche¹⁶. El uso de la electricidad entre las 18:00 horas y las 23:00 horas (Horas Punta) es mayor que el uso de la electricidad en el resto del día (Horas Fuera de Punta), lo que hace que la energía sea menos económica durante ese período de horas.

(iv) Una vez inyectada al sistema, no es posible distinguir el origen y el destino de la energía

No es posible controlar la trayectoria que sigue la energía inyectada por un generador a su cliente. Nuevamente en palabras de HUNT, “los usuarios finales simplemente reciben cualquier electricidad que resultó ser transportada cerca de ellos en ese momento”¹⁷. Por el contrario, solo es posible cuantificar el total de la energía inyectada y la energía retirada. Esta característica dificulta la verificación del cumplimiento de los contratos de suministro eléctrico que se celebran entre generadores y usuarios (distinción entre las transacciones financieras y el abastecimiento físico). En este aspecto, la figura de un coordinador que controle las inyecciones y los retiros de energía también se hace necesaria¹⁸.

(v) Limitaciones en la capacidad de transporte de la energía

El principal inconveniente en el transporte de la energía es la congestión. Este término guarda relación con la capacidad de la red que transporta la energía. En determinado momento, puede ser tanta la energía inyectada que la red experimenta resistencia. La resistencia eléctrica se define como “la oposición que ejerce un cuerpo al paso de la corriente eléctrica. Ésta depende de factores como la longitud (el largo), la superficie

¹⁶ HUNT, Sally, p. 30.

¹⁷ Traducción libre de: “*Final customers simply get whatever electricity happens to be flowing by them at the time*”. HUNT, Sally, p. 31.

¹⁸ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 12.

(área transversal) y, finalmente, el material del cual está compuesto el cuerpo analizado”¹⁹.

En este punto, también debe considerarse que, en un escenario en el que el titular de la infraestructura de transmisión invierte en la ampliación de la capacidad de su red, es posible que, a falta de intervención de un tercero, los otros agentes que utilizan esta red busquen beneficiarse sin tener incentivos para compensar al titular de la red por los costos invertidos²⁰.

(vi) Diversidad tecnológica en la generación de energía eléctrica

La energía eléctrica puede ser generada por cualquiera de estas tecnologías: hidráulica, térmica, eólica, solar, nuclear, biomasa. Éstas no solo se diferencian por la fuente de energía que utilizan, sino que también en que su eficiencia se rige en función del tamaño de la demanda. Así, por ejemplo, las centrales hidráulicas y nucleares requieren grandes inversiones de construcción pero menores costos operativos, lo que hace que sean más eficientes cuando abastecen una mayor demanda. Por el contrario, las centrales térmicas, presentan menores costos de inversión pero grandes costos operativos, lo que las hace más eficientes cuando abastecen una menor demanda²¹.

(vii) Costos hundidos en la construcción de redes y en las centrales de generación

¹⁹ CARBAJAL, Max, Alfredo DAMMERT y Fiorella Molinelli. *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano*. Mayo de 2011. Lima: OSINERGMIN, p. 44.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libro_s/Libro_Fundamentos_Tecnicos_Economicos_Sector_Electrico_Peruano.pdf

²⁰ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 12.

²¹ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 13.

Tratándose de la construcción de redes en la actividad de transmisión, esta característica resulta todavía más problemática. Como se observará más adelante, la transmisión eléctrica presenta costos asociados a la existencia de economías de escala, lo que trae como resultado la necesidad de establecer “mecanismos que impidan la duplicación innecesaria de redes que se logra usualmente con concesiones exclusivas”²². Situación similar ocurre en el caso de la distribución eléctrica donde ocurren las denominadas “economías de densidad”²³, donde “los costos medios decrecen conforme las instalaciones abastecen un mayor número de usuarios por área geográfica”²⁴.

(viii) Pérdidas en el transporte de electricidad

Esta característica también puede ser identificada como “pérdidas estándar de energía y potencia en distribución”²⁵. Estas pérdidas son comunes en el transporte de la energía y deben ser necesariamente consideradas como parte del riesgo que asumen los agentes que participan en la industria eléctrica, sobretodo por los distribuidores. De este modo, un porcentaje de la energía, ya sea por el material o la capacidad de la red que la transporta, se pierde antes de llegar a los usuarios finales²⁶.

(ix) Externalidades socio-ambientales que se reflejan en el costo de la energía

Es probable que ésta sea la característica que menos distingue a la industria eléctrica, pues no es la única actividad regulada que presenta externalidades socio-ambientales. No obstante, resulta pertinente incluirla debido a que estas externalidades inciden en el “costo privado de la energía, teniendo por ello implicancias en la asignación de

²² DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 14.

²³ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 14.

²⁴ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 14.

²⁵ CARBAJAL, Max, Alfredo DAMMERT y Fiorella Molinelli, p. 173.

²⁶ CARBAJAL, Max, Alfredo DAMMERT y Fiorella Molinelli, p. 173.

recursos”²⁷. A manera de ejemplo, conviene mencionar “el inadecuado manejo de cuencas hídricas o la emisión de contaminantes derivadas del funcionamiento de centrales térmicas a diesel o carbón”²⁸.

(x) Necesidad de una regulación en la calidad del servicio eléctrico

En la industria eléctrica peruana, esta característica tiene que ver con que todos los generadores inyectan la energía eléctrica que producen y sus clientes (usuarios libres o distribuidores) la retiran de un mismo sistema eléctrico interconectado a nivel nacional (SEIN). De ahí la necesidad, de mantener un mismo nivel de calidad que deben cumplir todos los integrantes de este sistema. De acuerdo con DAMMERT, GALLARDO y GARCIA, esto se debe además a que el usuario no puede elegir libremente la relación precio-calidad que mejor le convenga, debido a que el servicio eléctrico no es fácilmente sustituible²⁹. En ese sentido, según estos autores, la regulación de la calidad en monopolios naturales (como hemos señalado que se caracteriza la transmisión y la distribución eléctricas) se fundamenta a partir de la premisa de que “el monopolista no regulado determina un nivel de calidad distinto del socialmente óptimo”³⁰.

Otra razón es que la complejidad del servicio eléctrico también hace necesario el establecimiento de una regulación de calidad. Así, se distingue entre la calidad técnica del servicio, que comprende la calidad del producto (estabilidad de la tensión o

²⁷ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 15.

²⁸ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 15.

²⁹ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Lennin QUIISO. *La problemática de la supervisión de la calidad del servicio eléctrico*. Documento de Trabajo N° 6. Diciembre de 2004. Lima: Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, p. 7.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_06.pdf

³⁰ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Lennin QUIISO, p.12.

frecuencia y existencia de perturbaciones), la calidad del suministro (interrupciones); y, la calidad comercial (precisión de la medida y distintos temas de usuarios)³¹

1.3 ¿Es necesaria la intervención estatal en la industria eléctrica?

En el numeral 1.1 se señaló que la industria eléctrica: **(i)** se distingue entre las actividades de generación, transmisión, distribución y operación del sistema; y, **(ii)** es tradicionalmente regulada. En la medida que el aspecto **(i)** ha sido desarrollado en el numeral 1.1 y habiendo descrito las generalidades técnicas y económicas en el numeral 1.2, corresponde ahora abordar el aspecto **(ii)**, a fin de responder la siguiente interrogante: ¿Debe o no el Estado intervenir en la industria eléctrica?

1.3.1 La intervención administrativa: Una variable histórica³²

En primer lugar, en los términos del autor Ricardo RIVERO ORTEGA, la intervención estatal o administrativa “es cualquier forma de injerencia de la Administración en la actividad de los particulares”³³. Ahora bien, el grado y modalidades de la intervención administrativa forman parte de un proceso histórico; es decir, dependen del contexto económico, social, político –entre otros- en el que se encuentre un determinado país³⁴.

Así, a manera ilustrativa, el autor Manuel ARAGÓN REYES ha mencionado que mientras que el siglo XIX se caracterizó por “el no intervencionismo público en la realidad social y económica, que se dejaba a la iniciativa privada del *laissez-faire*”³⁵, en

³¹ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 15.

³² Se considera pertinente hacer la misma precisión del autor Manuel ARAGON REYES respecto a que la variación de la intervención administrativa en la historia, que se desarrollará en el presente numeral, se circunscribe a los Estados democráticos.

³³ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo económico*. Cuarta edición: 2007. Madrid: Marcial Pons, p. 19.

³⁴ RIVERO ORTEGA, p. 19.

³⁵ ARAGÓN REYES, Manuel. “Del Estado intervencionista al Estado regulador”. En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (directores). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo I: Aspectos jurídicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi, p. 27.

el siglo XX el Estado –debido, entre otros, a las consecuencias de la primera guerra mundial- asumió una “amplia labor de intervención, sobre todo económica (“economía de guerra”), de la que después no estaría dispuesto a renunciar (entre otras cosas por las también necesidades de “reconstrucción” de la postguerra)”³⁶.

Posteriormente, este rol “intervencionista” del Estado se transformaría en, lo que el autor Oriol MIR PUIGPELAT denominó, el “nuevo equilibrio entre Estado y sociedad”³⁷:

Factores como las dos grandes crisis energéticas de los años setenta, la ausencia de conflictos bélicos en los países occidentales, la presión de las grandes corporaciones transnacionales, el incremento de la competencia internacional, la complejidad creciente (sobre todo tecnológica) de amplios sectores de la realidad, la revisión del dogma de los monopolios naturales, el elevado endeudamiento de los Estados providencia y la caída del socialismo real han llevado a los poderes públicos (...) a renunciar a muchas de las funciones por ellos desarrolladas desde la segunda posguerra, trasladándolas a la sociedad, en un proceso progresivo de desestatalización³⁸ (énfasis agregado).

Sin perjuicio de ello, mientras ARAGÓN REYES ha optado por denominar esta etapa como la “decadencia del Estado intervencionista”³⁹, RIVERO ORTEGA ha señalado que:

(...) empresa pública y planificación son técnicas que siguen utilizándose en sectores concretos, y no parece que vayan a desaparecer de nuestro instrumental administrativo (a pesar de que los libros hablen cada vez menos de ellas). (...) Y la empresa pública sigue utilizándose como instrumento para la realización de muchas actividades claves para el desarrollo, tanto en el nivel local (prestación de servicios), como en el autonómico (tareas de fomento).

También el servicio público ha presidido el intervencionismo económico durante la segunda mitad del siglo XX. (...) a pesar de haberse proclamado en distintos foros su defunción. Lejos de ser cierta (...) si nos fijamos en el régimen que sigue marcando la realización de prestaciones tan variadas como el transporte regular de viajeros en autobús, el abastecimiento domiciliario de agua potable o la recogida de residuos. Servicios tan esenciales para nuestras sociedades que, por distintas, razones, no pueden dejarse por completo al mercado⁴⁰ (énfasis agregado).

³⁶ ARAGÓN REYES, p. 28.

³⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. 2004. Madrid: Civitas, p. 96.

³⁸ MIR PUIGPELAT, pp. 96-97.

³⁹ ARAGÓN REYES, p. 30.

⁴⁰ RIVERO ORTEGA, p. 20.

De lo señalado por RIVERO ORTEGA, se rescata lo siguiente: **(i)** la empresa pública es una técnica de la intervención administrativa que continúa utilizándose pese a la decadencia del rol intervencionista del Estado; y, **(ii)** existen servicios tan esenciales para la sociedad que no pueden dejarse por completo a merced del mercado. Asimismo, esta cita permite deducir que a partir de la segunda mitad del siglo XX, no existe una inclinación completa de un Estado intervencionista a uno no intervencionista, sino la búsqueda de un equilibrio entre la necesidad de permitir la actuación de la iniciativa privada y la necesidad de intervenir en determinados sectores de la economía.

Al respecto, ARAGÓN REYES ha explicado de manera clara esta última idea cuando señala que:

*(...) tampoco el Estado liberal (...) parece hoy un buen término para utilizarlo como alternativa, dado que, al menos en los países desarrollados, no hay Estado que no intervenga (con mayor o menor intensidad) en los procesos sociales y, sobre todo en la economía (...). (...). **Hoy, pues, no parece factible la vuelta a un “puro” Estado liberal**. La crisis actual del Estado social (...) no creo que pueda afrontarse de manera traslativa (a través de la polémica entre el Estado social y el Estado “no social”), sino reflexiva (confrontando el Estado social consigo mismo, esto es, considerando la crisis como un problema de ser y no ser, sino de reformas, modificaciones y adaptaciones)⁴¹ (énfasis agregado).*

En palabras del autor Luis Ferney MORENO, en la actualidad se habla de un “Estado mixto”, “en la medida en que el mismo admite simultáneamente principios propios del Estado liberal y principios propios del Estado intervencionista”⁴². ARAGÓN REYES lo ha denominado “Estado regulador” y lo ha descrito de la siguiente manera:

⁴¹ ARAGÓN REYES, pp. 30-31.

⁴² MORENO CASTILLO, Luis Ferney. *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: La convergencia entre libre competencia e intervención estatal*. 2012. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 38

La reducción del papel del Estado en la economía no significa, pues, la eliminación de ese papel, sino su transformación: (...) Esa “regulación” se presenta como una necesidad en determinados mercados dada su posición estratégica en la consecución de los intereses generales (así en el mercado de valores, en el de la energía, en el de telecomunicaciones, en el del seguro o en el de la banca, entre otros). Dentro de ellos existirán, pues, sectores económicos “regulados”, sometidos, pese a su dimensión privada, a una ordenación pública reguladora del sector en aras a su buen funcionamiento en el mercado, pero también aseguradora de la consecución de los intereses generales en presencia, de tal modo que esa actuación estatal “reguladora” puede incluir desde la autorización y supervisión de las actividades privadas, hasta la fijación de tarifas o precios de sus productos e incluso, en algún sector, como por ejemplo el de las comunicaciones, el de imponer obligaciones de servicio público⁴³ (énfasis agregado).

Como se observa en esta cita, ARAGÓN REYES concuerda con RIVERO ORTEGA en que existen ciertos sectores de la economía -o servicios- que, dada su esencialidad, requieren necesariamente de una intervención “reguladora” por parte del Estado que asegure la satisfacción de los intereses generales que representan. En ese sentido, corresponde definir si en este esquema de Estado mixto o regulador, la industria eléctrica es uno de estos sectores económicos en los que el Estado debe necesariamente intervenir.

En cuanto al término “regular”, el autor Miguel Ángel LASHERAS lo ha definido como:

(...) intervenir desde el sector público en la actividad económica de empresas y consumidores; es utilizar la capacidad de coacción del Gobierno (...) para conseguir eficiencia en la asignación de los recursos. Regular también es facilitar, mediante la actuación pública, que el comportamiento de los agentes económicos se coordine libremente y se oriente de forma voluntaria hacia el interés general. En definitiva, el objetivo de regular es incrementar, mediante la actuación pública, el bienestar social⁴⁴ (énfasis agregado).

De las citas de ARAGON REYES y LASHERAS, se puede concluir que el concepto de regulación se adopta a partir del surgimiento del Estado mixto o regulador al cual se

⁴³ ARAGÓN REYES, p. 45.

⁴⁴ LASHERAS, Miguel Angel. “Regulación vs. Competencia y la teoría del bienestar en el sector eléctrico español”. En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (directores). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo II: Aspectos económicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi, p. 153.

refieren RIVERO ORTEGA y el propio ARAGON REYES. En efecto, la regulación es la forma de intervención estatal por excelencia del Estado mixto, que tiene como objeto conseguir que determinados sectores de la economía generen una eficiente asignación de recursos necesaria para cumplir con un interés general o bienestar social de la población.

1.3.2 La electricidad como una industria tradicionalmente regulada

La electricidad es una industria respecto de la cual instintivamente se afirma que el Estado debe intervenir para garantizar su acceso a toda la población. Ello en tanto no se considera que exista un servicio más esencial que la electricidad. En ese sentido, se concuerda con MORENO respecto a que “en nuestros países en vía de desarrollo, la población considera como una prioridad el acceso a la energía eléctrica antes que a otros servicios”⁴⁵.

Por otro lado, atendiendo a sus características técnicas y económicas, descritas en el numeral 1.2 líneas arriba, se concluye que la electricidad es una industria que requiere necesariamente para su funcionamiento la intervención de un tercero. Sin embargo, entre las características antes señaladas, son las que a continuación se detallan las que a nuestro criterio definirían que esta intervención⁴⁶, es decir este tercero, deba ser –directa o indirectamente- del Estado:

⁴⁵ MORENO CASTILLO, p. 41.

⁴⁶ Por los motivos desarrollados en el numeral 1.3.1, existen autores que prefieren ya no referirse al término “intervención” para describir la actuación del Estado y optan por el concepto de regulación que también fue definido en el numeral 1.3.1, que es una técnica de intervención. En palabras de RIVERO ORTEGA: “Así, como alternativa se proponen conceptos menos contaminados ideológicamente, como el de ordenación, o se insiste en la manifestación más sobresaliente del intervencionismo actual –la regulación económica- propugnando el empleo preferente de esta técnica de intervención, con toda seguridad más respetuosa de la iniciativa privada, pero insuficiente para agotar, ni en su significado literal ni en sus consecuencias, toda la gama de posibles y necesarias intervenciones que pueden y deben llevar a cabo Estado y Administración”. RIVERO ORTEGA, p. 21.

- En primer lugar, las peculiaridades de la generación eléctrica justifican una regulación de precios por parte del Estado. Por un lado, en la industria eléctrica existen dos “fallas en la demanda”⁴⁷:

La primera “falla” es que la demanda no responde a los precios en el mercado spot pues los consumidores no están atentos continuamente a un precio de electricidad que refleje la oferta y demanda en tiempo real.

La segunda “falla” es que el operador del sistema eléctrico no puede ir controlando constantemente cuánta electricidad le envía a cada consumidor, pues los consumidores normalmente adquieren mediante contratos con los generadores o los distribuidores derechos para retirar energía sin importar el costo en el mercado spot⁴⁸ (énfasis agregado).

Por otro lado, como se detalló en el numeral 1.2 precedente, la electricidad no puede almacenarse a costos razonables, por lo que los generadores deben satisfacer la demanda a tiempo real, haciéndola costosa.

Esta regulación de precios variará de acuerdo al esquema de remuneración que adopte cada Estado, que a su vez dependerá de la normativa que rija su respectiva industria eléctrica. Así, por ejemplo, se pueden fijar precios máximos o tope, o la fijación de una serie de precios que componen la tarifa de generación⁴⁹.

Otras alternativas a la regulación de precios y que han utilizado países como México, son el financiamiento de inversiones y la política de subsidios. De este modo, en el primer caso, el Estado realiza las inversiones y asume los riesgos que ello implica; y, en el segundo caso, se conceden subsidios a determinados

⁴⁷ *Demand side flaws.* DAMMERT, Alfredo; Raúl GARCÍA CARPIO y Fiorella MOLINELLI. *Regulación y supervisión del sector eléctrico.* Segunda reimpression: marzo de 2013. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 96.

⁴⁸ DAMMERT, Alfredo (2013), pp. 96-97.

⁴⁹ DAMMERT, Alfredo (2013), p. 96.

sectores⁵⁰ que en condiciones económicas normales no tendrían acceso a la electricidad.

- En segundo lugar, el sistema eléctrico requiere el establecimiento de una capacidad de reserva para asegurar su continuidad durante la ocurrencia de eventos inesperados –o esperados⁵¹- que la comprometan, ello toda vez que la generación eléctrica depende de la subsistencia de recursos naturales (agua, gas, entre otros). No existe un incentivo natural por parte de los generadores eléctricos de mantener una capacidad de reserva que satisfaga más de la demanda que cada uno requiere, por lo que es necesario la intervención para que ésta tenga la aptitud de satisfacer la demanda de toda la población⁵².
- En tercer lugar, se requiere incentivar a los generadores eléctricos para que inviertan en determinados tipos de tecnología, pues resulta más eficiente –y genera menores externalidades negativas- la combinación de varias tecnologías según la duración de los diferentes niveles de demanda, en la medida que esto reduce el costo total de abastecimiento⁵³. Así, por ejemplo, las centrales de recursos energéticos renovables; que utilizan la energía solar, biomasa, eólica, entre otros, resultan a largo plazo más costosas que las centrales térmicas que presentan menores costos de inversión pero estas últimas causan mayor contaminación.
- En cuarto lugar, el funcionamiento del sistema eléctrico depende de una “infraestructura de red”⁵⁴ que inevitablemente desemboca en la formación de

⁵⁰ MORENO, Luis Ferney, p. 90.

⁵¹ Actualmente, la tecnología permite pronosticar; por ejemplo, las épocas de diluvio o sequía.

⁵² DAMMERT, Alfredo (2013), p. 97.

⁵³ DAMMERT, Alfredo (2013), p. 98.

⁵⁴ LÓPEZ-JURADO, Francisco. “Técnicas específicas de los servicios en red”. En MUÑOZ MACHADO, Santiago (director). *Derecho de la regulación económica*. Volumen 1: Fundamentos e instituciones de la regulación. 2010. España: lustel, pp. 759-825.

monopolios naturales en las actividades de transmisión y distribución, que a su vez exigen que el Estado establezca una serie de obligaciones a los titulares de estas redes para asegurar una eficiente prestación del servicio eléctrico, así como también garantizar la participación -entrada- de más agentes económicos en el mercado.

Sobre el particular, las infraestructuras de red se definen como: “instalaciones de valor estratégico, ramificadas por el territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y **su duplicación antieconómica debida a los altos costes de implantación**, por todo lo cual constituyen conductas de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general”⁵⁵ (énfasis agregado). El sistema eléctrico está considerado dentro de este concepto⁵⁶.

De esta definición, también se explica la formación de monopolios naturales, en la medida que no es económicamente posible duplicar la infraestructura de red. Es por ello que, algunos autores señalan que es necesario introducir la competencia en algún segmento de la prestación de este servicio⁵⁷ para permitir la entrada de otros agentes económicos, así como también para asegurar la calidad, universalidad, regularidad y continuidad del servicio a los usuarios finales.

- En quinto lugar, por un lado, como consecuencia de la necesidad de regular ciertos atributos del servicio eléctrico (regulación de precios, establecimiento de obligaciones a los monopolios naturales) existen incentivos para reducir la

⁵⁵ Citado en LÓPEZ-JURADO, p. 763.

⁵⁶ LÓPEZ-JURADO, p. 761. Conviene precisar que, el término “infraestructura o servicio de red” es acuñado por la Unión Europea y es la Comisión la que incluye en este ámbito al sector eléctrico, entre otros.

⁵⁷ LÓPEZ-JURADO, p. 764.

calidad del servicio y, por otro lado, la calidad del servicio eléctrico puede ser ineficientemente provisto en ausencia de regulación⁵⁸.

Todos estos elementos técnicos y económicos determinan que el Estado deba necesariamente intervenir en la industria eléctrica⁵⁹. Y es lo que históricamente ha ocurrido. Así, en el caso de Latinoamérica, la prestación de este servicio estuvo a cargo de la iniciativa privada (1887 en adelante), para luego quedar a cargo del Estado, el cual asumió un rol empresarial, toda vez que a partir de 1945, el Banco Mundial decidió que era más seguro prestarle al Estado que a los particulares⁶⁰. Posteriormente, en los años 90, se inició la ola de privatizaciones y liberalización de la industria eléctrica⁶¹. Explica MORENO que este tránsito de un modelo intervencionista (Estado empresario) a un modelo no intervencionista (Estado regulador) tuvo como resultado que los países latinoamericanos se encuentren divididos entre modelos extremos de monopolio público, por un lado, y libre competencia, por el otro⁶².

En Europa, la historia transcurrió de manera diferente, pues la Unión Europea tuvo como objetivo el establecimiento de un mercado interior común de la electricidad⁶³. Las Directivas disponen la implementación de un modelo liberalizador común, que inició con la separación de las actividades que componen la industria eléctrica⁶⁴, continuando con el acceso a las redes y la creación de organismos reguladores que supervisen y fiscalicen el cumplimiento de la normativa comunitaria⁶⁵. El modelo de la Unión Europea también se distingue del latinoamericano en tanto que, actualmente ya

⁵⁸ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl García, p. 15.

⁵⁹ A esta conclusión también llegaron los directores Miguel Angel AGUNDEZ y Julián MARTINEZ-SIMANCAS, *Manual básico para juristas*. La Ley: Madrid. 2014, p. 56.

⁶⁰ MORENO, Luis Ferney, p. 33.

⁶¹ MORENO, Luis Ferney, p. 33.

⁶² MORENO, Luis Ferney, pp. 33-34.

⁶³ DIAZ LEMA, José Manuel. "La evolución del derecho comunitario de la energía: Hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias". En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (directores). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo I: Aspectos jurídicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi, p. 146.

⁶⁴ DIAZ LEMA, José Manuel, p. 148-149.

⁶⁵ DIAZ LEMA, José Manuel, p. 182.

no se habla del concepto de “servicio público”, sino de “servicios de interés económico general”⁶⁶, a través del cual “el Estado impone obligaciones de servicio público a los agentes privados del mercado, sin reservarse el ejercicio de las actividades”⁶⁷.

En síntesis, adoptando el término de MORENO, existen una serie de instrumentos jurídicos y económicos a disposición del Estado para intervenir en la economía y que han sido mencionados a lo largo de este numeral: la empresa pública (rol empresarial del Estado⁶⁸), la regulación de precios⁶⁹, la noción de servicio público (titularidad pública exclusiva del Estado⁷⁰), monopolio legal o público⁷¹, regulación de calidad y seguridad⁷², integración o desintegración de las actividades de la industria eléctrica, ayudas estatales (financiamiento de inversiones y política de subsidios)⁷³, régimen de supresión de barreras de entrada⁷⁴, entre otros.

Por tanto, dadas las características técnicas y económicas, así como también los elementos jurídicos que sustentan la industria eléctrica, como es la calidad de servicio público de algunas de las actividades que la componen, es razonable concluir que la intervención estatal es necesaria para garantizar un equilibrio entre la iniciativa privada y el acceso universal de la electricidad a toda la población en las condiciones adecuadas (continuidad, regularidad, calidad). El grado y modalidad en la que esta intervención estatal debiera implementarse es un asunto que desarrollarán los numerales siguientes⁷⁵.

⁶⁶ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “Electricidad, servicio público y mercado”. En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (directores). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo I: Aspectos jurídicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi, p. 92..

⁶⁷ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, p. 92.

⁶⁸ MORENO, Luis Ferney, p. 39

⁶⁹ MORENO, Luis Ferney, p. 87

⁷⁰ MORENO, Luis Ferney, p. 64

⁷¹ MORENO, Luis Ferney, p. 85

⁷² MORENO, Luis Ferney, p. 88

⁷³ MORENO, Luis Ferney, p. 90

⁷⁴ MORENO, Luis Ferney, p. 119

⁷⁵ Se ha considerado pertinente no desarrollar la calificación de servicio público que se hace respecto del servicio eléctrico en Latinoamérica, pues se considera que este aspecto no es determinante para concluir que el Estado deba o no deba intervenir en dicho mercado, además de no existir

1.4 Los modelos de organización industrial y de regulación del sector eléctrico: Los modelos teóricos de Sally HUNT

Como fue explicado en el numeral 1.3 anterior, a partir de los años 90, existe una notable tendencia para introducir la libre competencia en la industria eléctrica. Esta transición tan repentina tuvo diversos resultados –principalmente en Latinoamérica–: países que consiguieron adoptar este modelo, países que se mantuvieron en un esquema de monopolio legal y países que se quedaron en el camino de monopolio legal hacia la libre competencia.

Esta inclinación hacia la libre competencia está asociada al ya referido cambio del rol intervencionista a uno no intervencionista del Estado experimentado en los últimos años. De este modo, bajo la influencia de este nuevo Estado mixto o regulador, se considera que el modelo de libre competencia produce menores costos sociales que un modelo de monopolio⁷⁶, al atribuírsele a este último las siguientes desventajas: (i) una deficiente distribución de riqueza; (ii) ineficiente aprovechamiento de los recursos (asociado a la baja producción debido a la falta de competencia); y, (iii) la excesiva concentración de poder económico en pocos agentes, presionando al sistema⁷⁷.

Frente a estas desventajas propias del esquema monopolista, se habla de una “regulación para la competencia”⁷⁸ -que cree competencia- y, como resultado de ello, produzca un mayor bienestar para el interés general. Así, por ejemplo, la libre competencia permitirá incrementar las opciones a disposición de los consumidores

consenso respecto a qué actividades en la cadena eléctrica califican como servicio público. Así, por ejemplo, la generación no es considerada un servicio público en el Perú; no obstante, sí se encuentra regulada, con lo cual la razón de la intervención estatal no reside en su carácter o no de servicio público.

⁷⁶ CABALLERO SANCHEZ, Rafael. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. Diciembre 2003. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 102.

⁷⁷ CABALLERO SANCHEZ, Rafael, p. 103.

⁷⁸ BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, p. 92.

para elegir un suministrador⁷⁹, pudiendo elegir aquél cuyas condiciones de suministro le resulten más beneficiosas -ello considerando que la electricidad es un bien insustituible, ubicando en una posición de ventaja a los suministradores-. Sea como fuere, la mayoría de los Estados democráticos –incluso aquellos que no han alcanzado el nuevo modelo- opta en la actualidad por la libre competencia y condena todo tipo de práctica monopolista.

En términos técnico-económicos, HUNT explicó por qué un esquema de libre competencia en la industria eléctrica resulta más beneficioso para los objetivos que persigue todo Estado razonable:

Bajo la regulación, los consumidores asumen la mayor parte de los riesgos, y también asumen la mayoría de las recompensas, con los reguladores haciendo su mejor esfuerzo para supervisar las grandes decisiones de gasto, algunas veces multando a las empresas luego de ocurrido el hecho por malas decisiones de gestión. Bajo la regulación, si nueva tecnología es inventada, los consumidores continúan pagando (más) por la antigua tecnología, mientras que en condiciones de competencia los productores de la antigua tecnología encuentran que sus activos valen menos. Bajo la regulación, si la demanda resulta menor de lo previsto, los precios tienen que incrementarse para cubrir el costo del exceso de capacidad, mientras que en condiciones de competencia, el exceso de capacidad hace que los precios bajen, En condiciones de competencia, estos riesgos son inicialmente asumidos por los propietarios de las centrales [los generadores] –pagarán por los errores o se beneficiarán de las buenas decisiones de gestión. En condiciones de competencia, los generadores también asumen el riesgo de cambios en la tecnología, por lo que tienen fuertes incentivos para elegir la mejor tecnología y no perder su tiempo en errores costosos. También asumen el riesgo de los cambios en la demanda y los precios del mercado, por lo que necesitan ser flexibles en sus planes de construcción, y observar el mercado constantemente. Necesitan adaptar sus programas de mantenimiento para tener sus centrales de nuevo en operación cuando los precios son altos (que es justamente cuando son necesarias). Los incentivos de rentabilidad funcionan en cualquier otro mercado para hacer que los productores afilen sus lápices, y tiene este efecto en cualquier parte del mundo cuando la competencia ha sido instaurada en la electricidad⁸⁰ (énfasis agregado).

⁷⁹ LASHERAS MERINO, p. 164.

⁸⁰ Traducción libre de: "Under regulation, the customers take most of the risks, and also take most of the rewards, with the regulators doing their best to oversee the big expenditure decisions, sometimes fining companies after the event for bad management decisions. Under regulation, if new technology is invented, the customers continue to pay (more) for the old technology, whereas under competition the old-technology producers find their assets are worth less. Under regulation, if demand turns out to be less than anticipated, prices have to rise to cover the cost of excess capacity, whereas under competition, excess capacity causes prices to fall.

En esta transición, la clave está en determinar en qué eslabón de la cadena de electricidad introducir la competencia, pues, queda claro que habrá actividades que - por motivos técnicos y económicos- no podrán someterse por completo a este nuevo régimen, como es el caso de la transmisión y distribución que operan por naturaleza bajo el esquema del monopolio⁸¹.

En este punto, se coincide con HUNT respecto a que el mayor candidato para la competencia en la industria eléctrica es la generación⁸², seguida de la distribución a nivel minorista –*retail function* o comercialización- respecto a la adjudicación, fijación de precios y venta de electricidad. Por otro lado, la transmisión, la distribución y la operación del sistema permanecen en un esquema de monopolio, pues técnica y económicamente no existe un competidor que pueda ofrecer un servicio equivalente de manera eficiente.

Sin perjuicio de ello, estos monopolios deben mantenerse regulados pues todos los competidores a nivel generación necesitan tener acceso a su infraestructura de red – igualdad de acceso- sin la cual la competencia no sería posible⁸³. Dicho de otra manera, toda reestructuración que se pretenda implementar a la industria eléctrica

Under competition, these risks are initially with the owners of the plants—they will pay for mistakes or profit from good decisions and management.10 Under competition, the generators also take the risk of changes in technology, so they have strong incentives to choose the best technology and not get sidetracked into costly mistakes. They also take the risk of changes in market demand and prices, so they need to be flexible in their building plans, and watch the market constantly. They need to adjust their maintenance schedules to get plants back on line when prices are high (which is just when they are needed). The profit incentive works everywhere else to make producers sharpen their pencils, and it has had this effect elsewhere in the world when competition has been instituted in electricity”.

HUNT, Sally. *Making competition work in electricity*. 2002. Nueva York: John Wiley & Sons, Inc., p. 28.

⁸¹ HUNT, Sally, pp.. 37-38.

⁸² Al respecto, ¿por qué es tan importante introducir la competencia en el mercado de generación eléctrica? En opinión del autor Juan DE LA CRUZ FERRER “la ausencia de competencia ha provocado con carácter general una cierta mentalidad de aversión al riesgo, excesos de inversión en capacidad para obtener mayores beneficios (...), politización de los procesos de inversión, ineficiencias en la elección de tecnologías y fuentes primarias, así como grandes dificultades en los procesos de regulación por la evidente asimetría de la información.

DE LACRUZ FERRER, Juan. *Bases para el diseño de los mercados eléctricos*. Working Paper N° 36. Madrid: 2006, p. 3.

⁸³ HUNT, Sally, pp.. 37-38.

debe establecer cambios a nivel de todos los eslabones de la cadena de electricidad, de lo contrario, todo intento que se concentre en una única actividad (sea ésta la generación o distribución a nivel minorista), devendrá en obsoleto.

Al respecto, HUNT describió cuatro modelos estructurales de la industria eléctrica que operan en alguna parte del mundo y que proporcionan de manera progresiva mayor capacidad de elección y menor margen de monopolio⁸⁴. Sin embargo, antes de desarrollar estos modelos, HUNT sostuvo que existen dos elementos que podrían significar un obstáculo para introducir la competencia en el sector eléctrico:

En primer lugar, la existencia de un largo período de regulación en la industria eléctrica que llevó a compromisos promovidos por el Estado (contratos de largo plazo con fuentes de energía renovables, generación nuclear, etc.) y que deben ser asumidos al entrar en un esquema competitivo. Estos compromisos dan lugar a los llamados stranded costs. En segundo lugar, la introducción de esquemas competitivos requiere que al mismo tiempo se preserve la seguridad del abastecimiento eléctrico y las inversiones necesarias en capacidad de generación y transmisión. Este último aspecto, sin embargo, debe ser provisto por el mercado⁸⁵.

Entre los obstáculos identificados por HUNT, se considera que el primero de ellos representa el mayor desafío. A manera de ejemplo, en el caso peruano, entre los años 2015 y 2016, se llevó a cabo la “Cuarta Subasta de Suministro de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables”. A los generadores que resultaron adjudicatarios de esta subasta, se les reconocerá anualmente un “ingreso garantizado”, en cuyo cálculo considera una prima que es pagada por todos los usuarios de electricidad, en caso en dicho año el generador no haya sido remunerado con lo esperado.

Este “ingreso garantizado” se le reconoce al generador adjudicatario por toda la vigencia del contrato de suministro que suscribe con el Estado peruano, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2038. Así, toda pretensión de una reforma energética en

⁸⁴ HUNT, Sally, p. 41.

⁸⁵ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 21.

el Perú en los próximos años, deberá considerar la suma total del “ingreso garantizado” asegurado a todos los generadores adjudicatarios. Lo que a nivel presupuestario no representa una tarea sencilla.

Entonces, una vez internalizada la idea de la existencia de obstáculos para introducir la competencia, HUNT propuso los siguientes modelos estructurales para la industria eléctrica:

1.4.1 Monopolio integrado verticalmente

Este primer modelo debe ser el único de los cuatro que ha sido adoptado en algún momento por todos los Estados, el modelo de la industria eléctrica por excelencia y que todavía se mantiene vigente en muchos países⁸⁶. Como su nombre lo indica, consiste en la integración en un área determinada⁸⁷ de las actividades de la industria eléctrica (generación, coordinación, transmisión y distribución) en un solo monopolio legal. Esto puede significar una integración entre las actividades de generación y transmisión o las actividades de generación, transmisión y distribución.

El hecho de que existieran monopolios legales de la industria eléctrica en una determinada área, pudo haber significado también un factor determinante para que muchos países estructuraran su industria eléctrica con varios sistemas eléctricos y, en la actualidad, coincidiendo con la tendencia hacia la implementación de la libre competencia en este sector, muchos países hayan modificado o están en proceso de instauración de un único sistema eléctrico –por ejemplo, lo que ahora es el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (o SEIN) en el Perú y antes eran el Sistema Interconectado Centro Norte (SICN) y el Sistema Interconectado SUR (SIS); asimismo,

⁸⁶ HUNT, Sally, p. 41.

⁸⁷ HUNT, Sally, p. 24.

lo que en Chile se pretende hacer para el 2018 con el Sistema Interconectado de Norte Grande (Sing) y el Sistema Interconectado Central (Sic)⁸⁸.

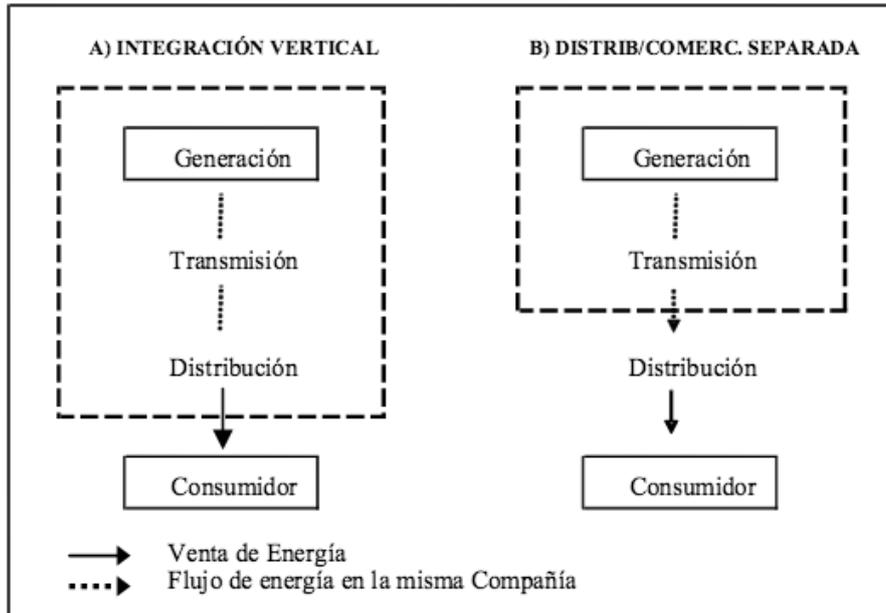
Ahora bien, en términos sencillos, este primer modelo “parte de la tesis según la cual el monopolio público permite lograr los objetivos públicos mejor que la libre competencia”⁸⁹. Pero existen además otras razones relacionadas con los costos de transacción (*transactions costs*) que explican por qué inicialmente la industria eléctrica a nivel mundial estuvo verticalmente integrada: **(i)** Anteriormente, la única manera técnicamente más viable para coordinar las actividades de generación y transmisión a través del operador del sistema era si estas eran realizadas por una misma empresa; **(ii)** la planificación a largo plazo de la transmisión y la generación también se beneficiaban de la integración vertical; **(iii)** se tenía la idea de que la actividad de generación era un monopolio natural, debido a la existencia de economías de escala en generación (durante el período en que las grandes centrales de generación produjeron precios más bajos)⁹⁰.

A manera ilustrativa, a continuación se expone un gráfico que explica perfectamente este primer modelo de monopolio integrado verticalmente:

⁸⁸ Ver: <https://www.coordinadorelectrico.cl/sistema-electrico-nacional/introduccion.html>

⁸⁹ MORENO, Luis Ferney, p. 51.

⁹⁰ HUNT, Sally, p. 26.



Fuente: HUNT, Sally, p. 42.

Elaboración: DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 23.

Este primer modelo será discutido en el numeral 1.5 siguiente, con motivo del análisis de la industria eléctrica en el caso de México, un país que, antes de la reforma constitucional del 2013 y posterior promulgación de la Ley de la Industria Eléctrica en el 2014, mantuvo un esquema de “monopolio público”⁹¹.

1.4.2 Monopsonio (*single buyer*)

De acuerdo a este segundo modelo, se introduce una competencia limitada a nivel generación, pues si bien se permite la entrada de nuevos generadores –lo que HUNT denominó productores independientes (*Independent Power Producers*)⁹²– solo se les permite vender en una determinada área a un único comprador, que continúa siendo el monopolio verticalmente integrado, el cual a su vez continúa teniendo un completo monopolio sobre los usuarios finales⁹³.

⁹¹ MORENO, Luis Ferney, p. 51.

⁹² HUNT, Sally, p. 41-42.

⁹³ HUNT, Sally, p. 41-42.

Pese a que es un primer intento para introducir la competencia en la industria eléctrica, este modelo suele traer como consecuencia problemas de igual o mayor envergadura que el modelo de un monopolio verticalmente integrado. Así, un monopsonio en el mercado eléctrico deberá suscribir contratos de largo plazo por el simple hecho de que no existen suficientes compradores para introducir por completo la competencia y es indispensable para estos nuevos generadores, que ingresan a un mercado con un único comprador, que se les garantice una ganancia por el capital invertido en la construcción de la central⁹⁴. De ahí que HUNT los haya denominado “contratos por la vida de la central” (*life-of-plant-contracts*)⁹⁵.

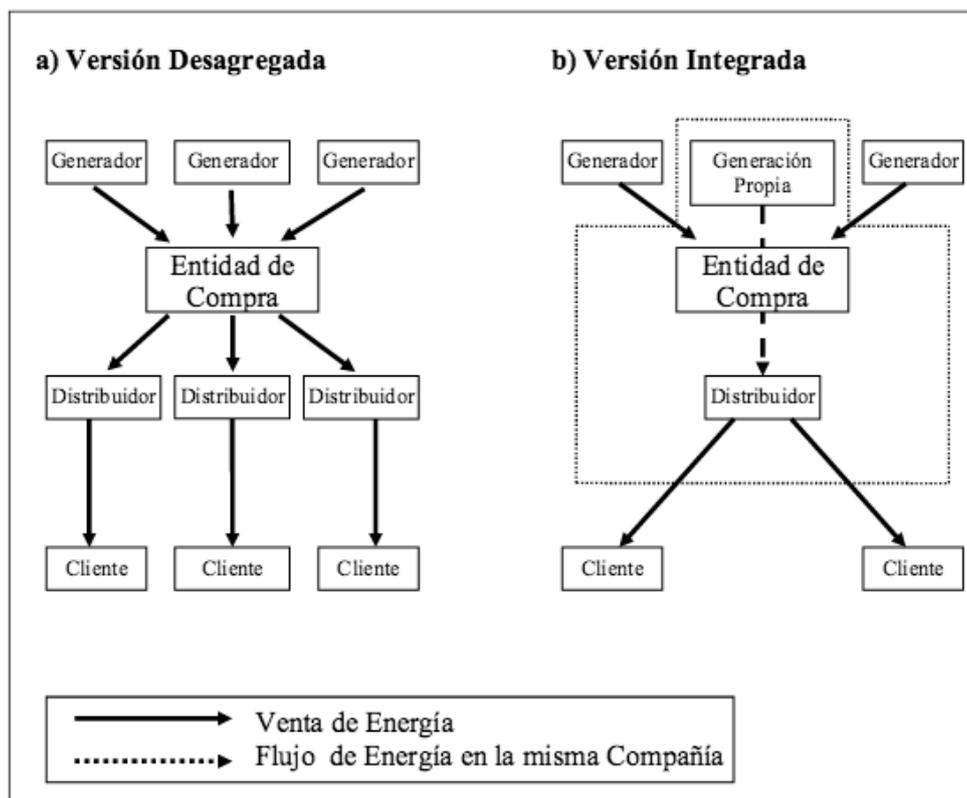
Sobre el particular, HUNT identificó dos problemas en relación con estos contratos de largo plazo: **(i)** limitan la existencia de un suministro eléctrico eficiente, caracterizado por nuevas tecnologías, combustibles y ubicación, pues éstos usualmente son específicos respecto a estos elementos al momento de su suscripción; y, **(ii)** suelen incluir cláusulas en las que establecen que no estarán bajo el control del operador del sistema (*nondispatchable*), debido que al competir también con los generadores que forman parte del monopsonio, los nuevos generadores temían que el operador del sistema incurra en una conducta discriminatoria, demorando el despacho de sus centrales en beneficio las centrales de los generadores integrados⁹⁶.

Al igual que en el caso del primer modelo, a continuación se incluye un gráfico que explica este segundo modelo:

⁹⁴ HUNT, Sally, p. 43.

⁹⁵ En esta línea también opina DE LA CRUZ FERRER, quien señala que este modelo: (...) *mantiene los problemas que antes expusimos: desplaza todos los riesgos a la empresa compradora, que los repercutirá en los consumidores, y protege al Productor Independiente, durante el plazo estipulado en el contrato, limitando la competencia en nuevas tecnologías, energías primarias y emplazamientos. De otra parte, para que el Productor Independiente no vea restringida su producción y los correspondientes pagos, su entrada al sistema debe desvincularse del Despacho Central de la Empresa incumbente para evitar que pueda discriminarla.* DE LACRUZ FERRER, Juan, p. 13.

⁹⁶ HUNT, Sally, p. 44.



Fuente: HUNT, Sally, p. 43.

Elaboración: DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 24.

A manera de ejemplo, en Malasia Peninsular este modelo se implementó en el 2001 como parte de un plan de reestructuración que inició en marzo de 1998, para establecer un operador del sistema independiente (*Independent Grid System Operator*). En ese sentido, se modificó el modelo verticalmente integrado por un monopsonio constituido por la empresa Tenaga Nasional Berhad (“TNB”). Al año 2014, son 14 los productores independientes que han suscrito un contrato de suministro con TNB por una vigencia de 21 años⁹⁷.

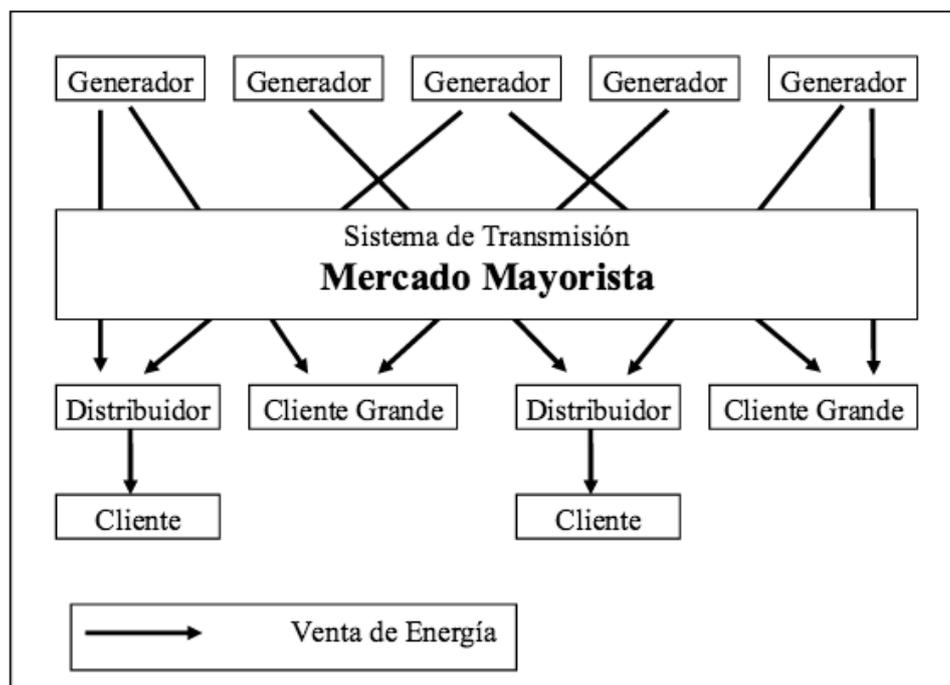
Cabe añadir que de acuerdo con el plan inicial de Malasia Peninsular, en el 2005 debía introducirse competencia a nivel de la distribución (*Multi Buyer Model*), pero esta

⁹⁷ BINTI KASIM, Nurulain Nadiah. “Study on single buyer model and pool trading model in deregulated electricity market. A Project report submitted in partial fulfillment of the requirements for the award of the Degree of Master of Electrical Engineering”. Enero 2014. En Universiti Tun Hussein Onn Malaysia Institutional Repository, pp. i-54, p. 3-19. Consulta: 20 de enero de 2016. http://eprints.uthm.edu.my/5535/1/NURULAIN_NADIAH_BINTI_KASIM.pdf

etapa fue suspendida debido a la crisis en California y los compromisos asumidos por TNB con productores independientes⁹⁸, manteniéndose así hasta la fecha.

1.4.3 Competencia en el mercado mayorista o modelo de transición

Este tercer modelo se caracteriza por la búsqueda de un mercado eléctrico más competitivo, en el que tanto las compañías de distribución como los grandes usuarios son compradores. De este modo, se busca tener un número significativo de compradores en el mercado. Sin embargo, este modelo todavía le otorga a los distribuidores un monopolio sobre los pequeños usuarios finales, de tal manera que estos últimos al no tener capacidad de elección, adquieren la electricidad a un precio regulado⁹⁹. Lo anterior se grafica a continuación:



Fuente: HUNT, Sally, p. 45.

Elaboración: DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 26.

⁹⁸ BINTI KASIM, Nurulain Nadiah, p. 20.

⁹⁹ HUNT, Sally, p.p. 45-47

Este tercer modelo plantea una cuestión interesante, sobre la posibilidad de otorgar a los grandes usuarios la libertad de elección adicional de someterse al precio regulado, contratando con los distribuidores. Esta opción resulta atractiva para los grandes usuarios, en la medida que significa darles la posibilidad de cambiar de régimen libre a un régimen regulado cuando el precio regulado sea mayor que el precio del mercado libre (*spot*¹⁰⁰) y viceversa¹⁰¹.

En esta última situación, existe el riesgo de que un cambio drástico de régimen por parte de los grandes usuarios al régimen regulado -cada vez que el precio *spot* sea mayor al precio regulado-, incrementará los costos que tendrán que asumir los pequeños usuarios, pues los distribuidores se verían obligados a adquirir mayor cantidad de electricidad para abastecer esta nueva demanda¹⁰². Dos soluciones planteadas por HUNT para evitar trasladarle estos costos al pequeño usuario serían no permitir el cambio de régimen a los grandes usuarios o permitirlo bajo ciertas condiciones previamente reguladas (a precio *spot*, la posibilidad de cambio de régimen anual –contratos anuales-, conceder a los grandes usuarios la posibilidad de modificar su régimen por única vez, etcétera)¹⁰³.

Este modelo, por ejemplo, ha sido implementado por países como Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, Panamá, Perú y Nicaragua, en los cuales solo se ha introducido la libre competencia en el mercado de distribución mayorista¹⁰⁴. En el caso peruano, se instauró la noción de usuarios libres, usuarios regulados y un régimen optativo, dentro del cual se pudiera elegir entre los dos primeros. Bajo este esquema,

¹⁰⁰ El precio *spot*, llamado en el Perú como “costo marginal de corto plazo, es el “[c]osto en que se incurre para producir una unidad adicional de energía o alternativamente es el ahorro obtenido al dejar de producir una unidad de energía, considerando la demanda y el parque de generación disponible”. En Glosario de abreviaturas y definiciones utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES-SINAC.

¹⁰¹ HUNT, Sally, p. 49.

¹⁰² HUNT, Sally, p. 49.

¹⁰³ HUNT, Sally, pp. 49-50.

¹⁰⁴ MORENO, Luis Ferney, p. 94.

solo los usuarios libres (cuya máxima demanda anual sea mayor a 2 500 kW o sea mayor de 200 kW, hasta 2500 kW y haya optado por este régimen) pueden comprar electricidad en el mercado libre¹⁰⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, HUNT mencionó que existen tres grandes desafíos del tercer modelo: **(i)** definir cuáles son los elementos que distinguen a los grandes usuarios de los pequeños usuarios; **(ii)** la necesidad de que los distribuidores suscriban suficientes contratos con los generadores que les permita controlar el poder de mercado en el mercado *spot*; y, **(iii)** la ausencia de contratos estándares que hagan difícil su comparación de cara a una posterior revisión por parte del regulador - supervisión que resulta necesaria en la medida que los pequeños usuarios no tienen capacidad de elección¹⁰⁶. Por todos estos motivos, HUNT lo consideró como un modelo de transición¹⁰⁷, un esquema que eventualmente debe decantar en el último modelo que propuso y que se desarrolla a continuación.

1.4.4 Competencia en el mercado minorista

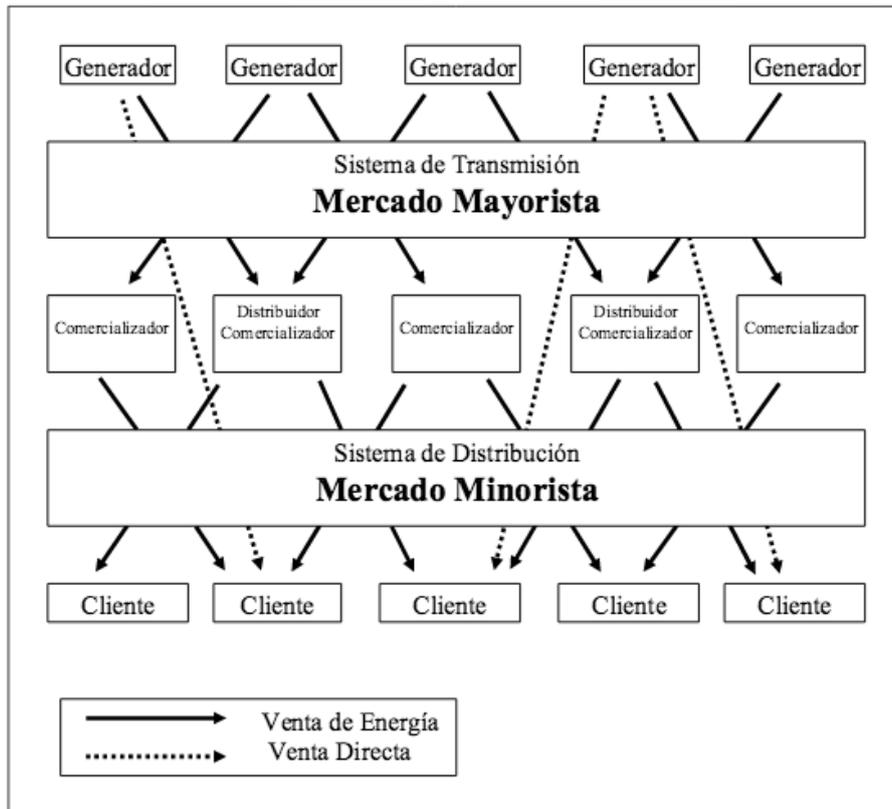
Finalmente, como puede suponerse, el cuarto y último modelo consiste en permitir a todos los consumidores (sean éstos, distribuidores, grandes usuarios o pequeños usuarios) contratar directamente con un generador, aunque en el caso de pequeños usuarios suele realizarse a través de un comercializador como intermediario de esta contratación¹⁰⁸, como se observa en el siguiente gráfico:

¹⁰⁵ Ver Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-EM.

¹⁰⁶ HUNT, Sally, pp. 47-9 y 51-53

¹⁰⁷ HUNT, Sally, p. 53.

¹⁰⁸ HUNT, Sally, p. 53.



Fuente: HUNT, Sally, p. 54.

Elaboración: DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 27.

El mayor desafío que representa la implementación de este modelo es educar a los pequeños usuarios¹⁰⁹, habituados a la idea de un distribuidor como intermediario con el generador –tercer modelo-. Países como Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia, Noruega, Suecia, España, Alberta, algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica, han implementado este modelo¹¹⁰.

Por todo lo expuesto, se considera evidente que si el objetivo es introducir la competencia, todo Estado debe buscar implementar el cuarto modelo (competencia en el mercado minorista), aunque como señala HUNT lo cierto es que muchos de los objetivos que se persigue con la libre competencia se obtienen con el tercer modelo (competencia en el mercado mayorista)¹¹¹.

¹⁰⁹ HUNT, Sally, p. 50

¹¹⁰ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 26; y, HUNT, Sally, p. 54.

¹¹¹ HUNT, Sally, p. 58.

Asimismo, se concuerda con HUNT respecto a que el tercer modelo es uno de transición, no solamente porque el cuarto modelo introduce la competencia en todos los eslabones de la industria eléctrica en los que es posible implementarla, sino porque a largo plazo, los inconvenientes que acarrea el tercer modelo –y que han sido descritos líneas arriba- pueden generar distorsiones en el sistema.

Se considera, sobre todo, que uno de los más grandes problemas –y que ha sido mencionado por HUNT¹¹²- es la cuestión sobre el precio de la electricidad. Así, el descontento que eventualmente exista por la diferencia entre el precio regulado y el precio *spot* puede transformarse en un conflicto a nivel político, donde la parte perjudicada perseguirá un cambio en la regulación¹¹³. Ello sin contar otros problemas que podrían derivar de la gestión estatal, que no necesariamente son consecuencia directa del modelo implementado, pero que podrían representar un obstáculo más a la introducción del cuarto modelo (por ejemplo, una sobreoferta producto de una mala decisión en el número de adjudicaciones de proyectos eléctricos promovidos por el Estado).

Por ello, se concluye que un cambio hacia la competencia en el mercado minorista más que voluntario es inevitable, por lo que lo recomendable es introducir este modelo de manera planificada y gradualmente, reduciendo los criterios de calificación de los grandes usuarios, hasta abrir el mercado de generación a todo aquel que necesite contratar el suministro de electricidad¹¹⁴.

1.5 Evaluación del mercado eléctrico latinoamericano desde los modelos de HUNT:

Los casos de México y Colombia como modelos de análisis

¹¹² HUNT, Sally, p. 51.

¹¹³ HUNT, Sally, p. 51.

¹¹⁴ HUNT, Sally, p. 58.

En el numeral 1.4 anterior, se mencionó el ejemplo de México y Colombia para describir modelos estructurales de la industria eléctrica distintos. Se ha seleccionado a estos países en la presente investigación, pues representan los dos extremos en la propuesta de reforma de HUNT hacia un mercado eléctrico competitivo. Así, mientras que la industria eléctrica de México estuvo por muchos años y hasta hace poco ubicado en el primer modelo, es decir, un monopolio verticalmente integrado –aunque recientemente ha decidido dividir este monopolio en subsidiarias que realicen una actividad eléctrica cada una, continúa siendo una adaptación del primer modelo-; en el caso de Colombia, ésta se encuentra en el cuarto modelo, habiendo introducido simultáneamente la libre competencia en la distribución, tanto a nivel mayorista como minorista.

1.5.1 México: de monopolio público eléctrico a la introducción de libre competencia para usuarios calificados

Llama la atención el ejemplo de la industria eléctrica en México, pues la reforma que se implementó en el 2013 llevó casi al otro extremo el modelo eléctrico de un país que hasta hace un par de años se mantenía en un monopolio estatal. Así, en el 2012, MORENO sostuvo que era la propia constitución mexicana la que impedía “el surgimiento y la implementación de un mercado de libre competencia”¹¹⁵.

Y, en efecto, la constitución mexicana¹¹⁶ señalaba en un párrafo de su artículo 27º que: “Corresponde **exclusivamente** a la Nación **generar**, conducir, transformar, distribuir y **abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación del servicio público**. En esta materia **no se otorgarán concesiones a los particulares** y

¹¹⁵ MORENO, Luis Ferney, p. 73.

¹¹⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines”¹¹⁷ (énfasis agregado).

En esta línea, también estuvo redactado el cuarto párrafo del artículo 28° de la constitución mexicana, que disponía lo siguiente: “No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: (...) electricidad (...)”. Al respecto, pese a que en el primer párrafo de este artículo se prohíban los monopolios, para efectos de la constitución mexicana, la exclusividad del Estado sobre una actividad calificada como estratégica no constituía un monopolio –aunque estructuralmente lo sea, como en este caso-.

Ahora bien, conviene precisar que, en el esquema pre-reforma mexicano, los particulares sí podían realizar actividad de generación; sin embargo, no aquella que calificara como servicio público. En ese sentido, de conformidad con la derogada Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica¹¹⁸, los particulares únicamente podían generar energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración, pequeña producción, producción independiente para su venta a la Comisión Federal de Electricidad, para exportación, importación o para uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica. Con ello, se consolida el hecho de que el Estado mexicano ostentaba un monopolio para la prestación del servicio público de electricidad¹¹⁹.

Esta etapa pre-reforma mexicana podría ser calificado como un modelo estructural mixto; en la medida en que encaja en el primer modelo de HUNT, el monopolio verticalmente integrado, pues todas las actividades del mercado eléctrico (generación, transmisión, distribución) son realizadas por una misma persona jurídica estatal (la

¹¹⁷ MORENO, Luis Ferney, p. 58.

¹¹⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1975. Consulta: 21 de enero de 2016. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lspee/LSPEE_abro.pdf

¹¹⁹ MORENO, Luis Ferney, p. 85.

Comisión Federal de la Electricidad¹²⁰), y -respecto a la actividad de generación que no califica como servicio público- también encaja en el segundo modelo de HUNT, el monopsonio, pues la Comisión Federal de la Electricidad es la única compradora de varios productores independientes¹²¹.

Ahora bien, en una etapa post-reforma mexicana, el análisis desarrollado líneas arriba varía significativamente. El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto que modificó el artículo 27° y 28° en los aspectos antes citados. De tal manera que, la nueva y actual redacción de la parte pertinente del artículo 27° es la siguiente: “Corresponde exclusivamente a la Nación la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; en estas actividades no se otorgarán concesiones”.

Como puede advertirse, ya no se otorga exclusividad al Estado de la generación y abastecimiento del servicio público de la electricidad, como sí ocurría en la redacción previa del artículo 27°. Del mismo modo, se modificó el cuarto párrafo del artículo 28°: “No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: (...) la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica (...)”.

En ese sentido, con esta reforma, el Estado mexicano solamente mantiene la exclusividad en la transmisión y la distribución eléctrica. Sin embargo, conviene precisar que la Ley de la Industria Eléctrica, promulgada en el 2014¹²², distingue entre usuario calificado y usuario de suministro básico, siendo los primeros quienes están

¹²⁰ Un organismo público descentralizado con personería jurídica y patrimonio propio (MORENO, Luis Ferney, p. 59), creada por ley publicada en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 24 de agosto de 1937 y que se mantiene operativa actualmente.

¹²¹ MORENO, Luis Ferney, pp. 74-75.

¹²² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

habilitados para –previo registro ante la Comisión Reguladora de Energía- adquirir el suministro eléctrico de los generadores en un régimen de competencia, mientras que los segundos reciben este servicio bajo un régimen de regulación tarifaria.

El esquema que se muestra a continuación permite observar con claridad la diferencia entre el esquema pre-reforma y el esquema post-reforma antes descrito¹²³:



Fuente: Secretaría de Energía
Elaboración: Secretaría de Energía, p. 27.

Sin embargo, pese que se introduce la libre competencia, en este esquema post-reforma solamente los distribuidores y grandes usuarios (usuarios calificados) pueden elegir a su suministrador¹²⁴, lo que hace que este sistema encaje en el tercer modelo de HUNT, competencia en el mercado mayorista. Al respecto, no se observa que en el corto plazo se esté planificando la introducción de competencia a nivel minorista, que

¹²³ SECRETARÍA DE ENERGÍA. Prospectiva del sector eléctrico 2015-2029. México, 2015, p. 27. http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/44328/Prospectiva_del_Sector_Electrico.pdf

¹²⁴ SECRETARÍA DE ENERGÍA, p. 15.

implicaría conceder libertad de elección a los usuarios de suministro básico¹²⁵ y que es precisamente el caso que se desarrolla en el numeral siguiente.

1.5.2 Colombia: libertad de todos los usuarios para elegir a su suministrador

Como se ha mencionado más de una vez en este capítulo, en un modelo de competencia a nivel minorista, todos los usuarios pueden elegir a su suministrador, lo que en el caso de pequeños usuarios suele ocurrir a través de la figura de un “comercializador”¹²⁶. En el caso colombiano, este modelo se ha implementado con algunas diferencias que lo asemejan en cierta medida con el tercer modelo, de competencia a nivel mayorista.

Sobre el particular, de conformidad con la Ley 143¹²⁷ (1994), en Colombia se distingue entre usuarios regulados y usuarios no regulados del servicio de electricidad. La diferencia entre ambos conceptos es técnica: el usuario no regulado tiene una demanda máxima superior a 2 MW por instalación legalizada, todos los demás, califican como usuarios regulados, que implica que sus compras de electricidad están sujetas a regulación de precios.

Por su parte, en el artículo 11° de esta ley, la comercialización está definida como la “actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no-regulados”. Esta definición se complementa con lo establecido en el artículo 3° del Reglamento de Comercialización¹²⁸ (2011) que la define como:

¹²⁵ Si bien, para que la industria eléctrica mexicana implemente el cuarto modelo también es necesario suprimir la distinción entre usuarios calificados y usuarios de suministro básico, no se considera que este sea un elemento determinante pues HUNT señala que este tipo de distinciones también se pueden presentar una competencia a nivel minorista. HUNT, Sally, p. 55.

¹²⁶ HUNT, Sally, p. 53.

¹²⁷ Consulta: 22 de enero de 2016.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4631>

¹²⁸ Aprobado por Resolución 156 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Consulta: 22 de enero de 2016.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45335>

“Actividad consistente en la compra y venta de energía eléctrica **en el mercado mayorista** y su venta con destino a otras operaciones en dicho mercado o a los usuarios finales” (énfasis agregado). De manera que el comercializador, además de suministrar electricidad directamente al usuario regulado, también participa en el mercado mayorista y contrata directamente con los generadores.

En esta línea, en el artículo 9 ° de la Ley 142¹²⁹ (1994), que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios -entre los que se incluye en el artículo 1° de este mismo cuerpo normativo a la energía eléctrica-, se otorga a los usuarios de los servicios públicos el derecho a la “**libre elección del prestador del servicio y del proveedor** de los bienes necesarios para su obtención utilización” (énfasis agregado). En esa línea, el artículo 22° del Reglamento de Comercialización establece como regla que los “Usuarios¹³⁰ **podrán cambiar libremente de prestador del servicio**”. Por tanto, los usuarios –sin distinción- son libres de elegir al comercializador que actuará como su intermediario en la contratación del servicio eléctrico.

Por tanto, Colombia optó por introducir la libre competencia tanto a nivel mayorista como minorista, distinguiéndose de la industria eléctrica de México y, en consecuencia, encajando en el cuarto modelo de HUNT. No obstante, este modelo presenta algunas características que hacen que la implementación de competencia se considere incompleta.

En efecto, se considera pertinente resaltar las siguientes características del modelo eléctrico colombiano¹³¹: **(i)** integración vertical entre las actividades de generación o

¹²⁹ Consulta: 22 de enero de 2016.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>

¹³⁰ En el artículo 3° del Reglamento de Comercialización se define como “Usuario” a: “Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se le denomina también consumidor”.

¹³¹ MORENO, Luis Ferney, pp. 160-

distribución con la de comercialización¹³²; **(ii)** autorización de las distribuidoras constituidas antes de 1994 para que continúen operando en los mismos términos y condiciones dispuestos en su contrato de concesión¹³³; y, **(iii)** regulación de precios de los usuarios regulados¹³⁴.

De este modo, los puntos (i) y (ii) constituyen dos excepciones a la desintegración vertical¹³⁵ propugnada por el Estado colombiano en el artículo 74° de la Ley 143. En el caso (ii), al permitirle a los distribuidores constituidos antes de la promulgación de la Ley 143 a operar de la manera en que lo han estado haciendo, indirectamente los autorizan a permanecer en un régimen de integración vertical si ésta es la forma en la que han venido realizando esta actividad¹³⁶.

En cuanto al punto (iii) sobre la regulación de precios para usuarios regulados, MORENO ha efectuado una observación interesante respecto a los efectos que tiene esta medida en la práctica:

*El segundo mercado, esto es, el mercado de usuarios regulados, presenta un **bajo nivel competitivo** debido a las restricciones a la competencia impuestas por el Estado (...). En efecto, al **regular los precios de comercialización minorista** (...), ha conllevado a las empresas a implementar una estrategia de regionalización de la prestación del servicio, y se ha fomentado la formación de un mercado relevante por regiones o en **mercados regionales concentrados únicamente con dos o tres empresas competidoras (duopolios u oligopolios regionales)**. La regulación de precios ha llevado además al surgimiento de la siguiente estructura de mercado regional: como las diferencias de precios entre comercializadores no son muy grandes, la*

¹³² Artículo 74° de la Ley 143: “Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrá tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo **con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución**” (énfasis agregado).

¹³³ Artículo 80° de la Ley 143: “A la entrada en vigencia de esta Ley, las empresas que están prestando el servicio de distribución de electricidad continuarán haciéndolo en los mismos términos y condiciones dispuestos para el contrato de concesión”.

¹³⁴ Artículo 42° de la Ley 143: “(...)Las ventas de electricidad a usuarios finales regulados serán retribuidas sin excepción, por medio de tarifas sujetas a regulación. (...)”

¹³⁵ MORENO, Luis Ferney, p. 161.

¹³⁶ De conformidad con el artículo 18° de la Ley 142, las empresas que presten más de una actividad de servicio público “deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita”. MORENO, Luis Ferney, p. 162.

*diferencia reside sobre todo en la calidad del servicio comercial. **Para llegar a mantenerse en el mercado, las empresas optan por prestar el servicio en un mercado más concentrado en una región que en todo el territorio nacional**¹³⁷ (énfasis agregado).*

En consecuencia, las modalidades de intervención estatal en la industria eléctrica colombiana antes descritas, al crear en los hechos un mercado a nivel minorista con un bajo nivel de competencia, impiden que este sistema pueda encajar por completo en el cuarto modelo de HUNT. Ello en la medida que, si bien por un lado se otorga libertad de elección indistinta a todos los usuarios; por el otro, se mantienen características de un monopolio verticalmente integrado y una competencia a nivel mayorista, contrarios al objetivo de la reforma estructural planteada por HUNT, esto es, la introducción de la competencia en todos los eslabones de la industria eléctrica.

Sin perjuicio de lo anterior, del ejemplo mexicano y colombiano, es razonable concluir que existe una constante en los países latinoamericanos; que es una renuencia a introducir por completo la competencia en todas las actividades de la industria eléctrica donde técnicamente es posible hacerlo, pese a declarar en foros internacionales que es su objetivo hacerlo. Se considera pertinente la explicación de MORENO de esta tendencia en Latinoamérica:

*Desde la restructuración del sector eléctrico en los años 90, quienes ostentan el poder de decisión en **Latinoamérica no están plenamente convencidos de que el mercado sea la solución de todos los problemas. La razón es que existen múltiples objetivos públicos que están lejos de cumplirse completamente.** Para intentar su cumplimiento, tanto en Colombia como en otros países de la región, se ha implementado un modelo mixto en el cual se introducen reglas propias del mercado y la libre competencia, también otras propias del intervencionismo estatal¹³⁸ (énfasis agregado).*

Por tanto, este fenómeno latinoamericano hace que una reforma estructural de la industria eléctrica sea una tarea todavía más compleja, pues ya no se trata

¹³⁷ MORENO, Luis Ferney, pp. 177-178.

¹³⁸ MORENO, Luis Ferney, p. 136.

únicamente de introducir la libre competencia, con todo lo que ello implica, a nivel generacional, mercado mayorista y minorista; sino también, en un segundo paso, alcanzar una “convergencia”¹³⁹ entre la libre competencia y el intervencionismo estatal particularmente arraigado en los estados latinoamericanos, debido al particular contexto social, económico y tecnológico que tienen en común¹⁴⁰.

1.6 El rol empresarial del Estado en el sector eléctrico: ¿Necesario o contingente?

En el numeral 1.3.1 anterior, se mencionó como parte de las modalidades de intervención del Estado –incluido dentro de los instrumentos jurídicos y económicos- a la empresa estatal o pública, es decir, al rol empresarial del Estado. Asimismo, se concluyó que; dadas sus características técnicas y económicas, y, los elementos jurídicos que la sustentan –la noción de interés público y servicio público-, la intervención estatal era necesaria en la industria eléctrica, pues ésta garantiza la existencia de un equilibrio entre la libre iniciativa privada y el acceso universal a la electricidad en condiciones de igualdad –respetando la continuidad, regularidad y calidad-.

De este modo, corresponde analizar en el presente trabajo si la intervención estatal en la industria eléctrica debe necesariamente incluir la participación de empresas estatales o si, por el contrario, la empresa estatal es un instrumento que solamente debe ser empleado en determinados escenarios.

Sobre el particular, en el numeral 1.3.1 anterior, citando a ARAGON REYES, se señaló que la empresa pública o estatal es una técnica de intervención administrativa que continúa utilizándose en determinados sectores pese a la decadencia del rol

¹³⁹ MORENO, Luis Ferney, p. 232.

¹⁴⁰ MORENO, Luis Ferney, p. 231.

intervencionista del Estado¹⁴¹. Así, por ejemplo, en los casos materia de análisis en el numeral 1.5 anterior, se observa que el Estado mexicano y colombiano realizan actividad empresarial en la industria eléctrica.

En México, se promulgó la Ley de la Comisión Federal de Electricidad¹⁴² en el 2014, por medio de la cual se le otorgó a dicha comisión la calificación de una “empresa productiva del Estado de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios y gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión”¹⁴³. Conviene precisar que en este caso, el Estado mexicano se reserva la prestación exclusiva de las actividades de transmisión y distribución eléctrica¹⁴⁴.

En Colombia, el artículo 365° de su Constitución Política, habilita al Estado a prestar, directa o indirectamente, los servicios públicos¹⁴⁵, entre los que se incluye a la electricidad. No obstante, cabe añadir que, de conformidad con la ya referida Ley 142, esta actividad empresarial del Estado es subsidiaria a la actividad de los particulares, es decir, cuando por cualquier motivo estos últimos no presten el servicio¹⁴⁶. Asimismo, a diferencia de México, en Colombia, el servicio de electricidad no es de titularidad estatal¹⁴⁷. No obstante, en Colombia existe más de una empresa estatal que participan en la industria eléctrica, entre las que destaca Empresas Públicas de Medellín, que realiza la actividad de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica.

¹⁴¹ RIVERO ORTEGA, p. 20.

¹⁴² Publicado el 11 de agosto de 2014 en el Diario Oficial de la Federación. Consulta: 25 de enero de 2016.

http://www.cfe.gob.mx/ConoceCFE/1_AcercadeCFE/MarcoLegalNormativo/Lists/Leyes1/Attachments/24/Leydelacomisionfederaldeelectricidad.pdf

¹⁴³ El artículo 5° de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad proporciona una lista detallada de las actividades que esta comisión podrá realizar tanto a nivel nacional como en el extranjero.

¹⁴⁴ Ley de la Industria Eléctrica. “Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:
(...) XXI. Distribuidor: Los organismos o empresas productivas del Estado o sus empresas productivas subsidiarias, que presten el Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica;
(...)LIV. Transportista: Los organismos o empresas productivas del Estado, o sus empresas productivas subsidiarias, que presten el Servicio Público de Transmisión de Energía Eléctrica; (...)”

¹⁴⁵ MORENO, Luis Ferney, p. 148.

¹⁴⁶ MORENO, Luis Ferney, p. 148.

¹⁴⁷ MORENO, Luis Ferney, p. 149.

El ejemplo colombiano es de especial interés pues, como fue señalado en párrafos anteriores, ha implementado en el sector eléctrico un modelo de libre competencia a nivel minorista y, aún así, ha optado por realizar actividad empresarial, claro está, siempre que se cumpla con el requisito de la subsidiariedad. Por tanto, se concuerda con MORENO respecto a que:

En lo relativo a la intervención empresarial en el modelo de libre competencia, podemos observar que en América Latina existen dos modalidades: la intervención subsidiaria y sin que exista titularidad del Estado en el servicio público de energía eléctrica (Colombia, Guatemala, El Salvador, por ejemplo) y la intervención subsidiaria con titularidad del Estado, pero sin que la misma sea exclusiva (Argentina)¹⁴⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, es razonable afirmar que la empresa estatal es un elemento que, con sus particularidades, es actualmente empleado en la industria eléctrica en Latinoamérica. Del mismo modo, la empresa estatal es empleada en otros países a nivel mundial¹⁴⁹. Sin embargo, no existe una empresa estatal eléctrica en todos los países del mundo¹⁵⁰. Con lo cual, atendiendo a la experiencia internacional, no pareciera en un primer momento que el rol empresarial del Estado sea inherente al desarrollo de la industria eléctrica moderna.

Ahora bien, no existe una definición universal de empresa estatal. A nivel normativo en la experiencia comparada, el literal b) del artículo 2 de la Directiva de la Unión Europea relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, define “empresas públicas” de la siguiente manera:

¹⁴⁸ MORENO, Luis Ferney, p. 149.

¹⁴⁹ A manera de ejemplo, se menciona a Algeria (*Sonelgaz*), Australia (*Power and Water Corporation*), Azerbaiyán (*Azerenerji*), Bulgaria (*Bulgarian Energy Holding*), China (*China Three Gorges Corporation* y otras), Dinamarca (*DONG Energy*), Francia (*Réseau de Transport d'Électricité*), Israel (*Israel Electric Corporation*), Madagascar (*Jirama*), Polonia (*Polska Grupa Energetyczna*), Serbia (*Elektroprivreda Srbije* y *Elektromreža Srbije*), Singapur (*Singapore Power*), Tailandia (*Electricity Generating Authority of Thailand*), Vietnam (*Vietnam Electricity*), entre otros.

¹⁵⁰ Entre estos países, están Inglaterra, Alemania (con un capital menor de 31% en RWE), Italia (con un capital menor de 25.5% en Enel), Portugal, entre otros. DIAZ LEMA, José Manuel, p. 175.

“(...) cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente:

- i) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, o*
- ii) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o*
- iii) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa”¹⁵¹.*

En palabras del autor José María SOUVIRÓN, esta definición comunitaria de empresa estatal posee un carácter subjetivo, pues supone “la existencia por parte de los poderes públicos de una influencia dominante sobre la organización que la constituye. Por ello en esa noción se integrará cualquier supuesto en que esa influencia se dé con independencia de la forma jurídica que adopte la organización de que se trate”¹⁵²; y, un carácter objetivo y según este autor distintivo, conforme al cual “de esa organización el Estado no actúe como poder público (...) quedando, pues, excluidos de la consideración de empresa pública los organismos que ostenten poderes exorbitantes respecto a las reglas aplicables en las relaciones entre particulares”¹⁵³.

A nivel doctrinario, se considera pertinente rescatar algunas de las características de la empresa estatal recogidas por el autor Alberto ALONSO UREBA, quien optó por definir por separado las nociones de “empresa” y “pública”. Así, una empresa pública se caracteriza por:

¹⁵¹ Directiva No. 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006. Consulta 20 de abril de 2017.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32006L0111>

¹⁵² SOUVIRÓN MORENILLA, José María. La actividad de la administración y el servicio público. Editorial Comares: Granada. 1998, p. 262.

¹⁵³ SOUVIRON MORENILLA, José María; pp. 262-263.

- (i)** “una diferenciación estructural u organizativa (...) respecto de la Administración general¹⁵⁴;
- (ii)** una gestión “en forma de empresa, es decir, sometándose al mercado al que se destinan los bienes y servicios, y obteniendo del mercado mismo y no coactivamente sus propios medios financieros”¹⁵⁵;
- (iii)** un control estatal, en la medida en que “no es el hecho de la titularidad por un ente público de la actividad de empresa lo que da contenido al carácter público de la empresa, sino la conexión de la misma con la Organización administrativa, es decir, el control de la empresa por la administración”¹⁵⁶;

Otra definición es la desarrollada por el autor Augusto ALVAREZ RODRICH, quien citando al autor Malcolm GILLIS et al¹⁵⁷, señala que para calificar a una empresa estatal como tal deben concurrir los siguientes tres criterios:

- a. El gobierno es el accionista mayoritario o está en capacidad de controlar las principales políticas de la empresa, así como de nombrar y despedir a la gerencia.*
 - b. Vende al público o a otras empresas, estatales o privadas, los bienes y servicios que produce.*
 - c. Como política sistemática, los ingresos deben guardar cierta relación con los costos.*
- Si en una determinada organización están presentes b) y c) pero está ausente a), se trata de una empresa privada. En cambio **si están ausentes b) o c) pero está presente a), se trata de una institución pública**¹⁵⁸ (énfasis agregado).*

Esta última precisión es importante, pues de acuerdo con este autor una organización puede constituirse, tener forma empresarial y calificarse como “empresa estatal”, pero no generar ganancias –entendiéndose así que depende del presupuesto público para subsistir-, lo que la hace en realidad una institución pública, pues en condiciones de

¹⁵⁴ ALONSO UREBA, Alberto. *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A. 1985, p. 249.

¹⁵⁵ ALONSO UREBA, Alberto, p. 254.

¹⁵⁶ ALONSO UREBA, Alberto, p. 300.

¹⁵⁷ GILLIS, Malcolm, Dwight H. PERKINS, Michael ROEMER y Donald R. SNODGRASS. *Economics of Development*. W.W. Norton & Company, Nueva York, 1983, pp. 565-583.

¹⁵⁸ ALVAREZ RODRICH, Augusto. *Principios de empresas estatales y privatización*. Lima: Universidad del Pacífico. 1992, p. 58.

mercado una empresa privada equivalente no es sostenible. Dicho de otro modo, una entidad que no actúa como empresa, simple y llanamente no es una empresa.

A ello, resulta pertinente agregar lo señalado por este mismo autor respecto al desafío adicional que se le presenta a las empresas estatales:

*(...) la conducción de las empresas estatales debe tener en cuenta las restricciones que le imponen tanto **el mercado** como **el gobierno**. Ambos conforman las **dos fuentes de presión fundamental sobre la gestión de estas organizaciones**. En este sentido, es posible afirmar que el problema central en el manejo de dichas empresas radica en la búsqueda **de un balance óptimo entre ambas fuentes de presión**, las cuales dan lugar a dos tipos de objetivos diferentes. Por un lado, **los objetivos empresariales** (impuestos, principalmente, por las características del mercado en el que se desenvuelven) y, por el otro, **los objetivos políticos** (impuestos principalmente por el gobierno) (...) ¹⁵⁹ (énfasis agregado).*

Con ello, se podría señalar que el principal reto de las empresas estatales radica en no desembocar en una dependencia financiera del Estado, es decir, en un constante riesgo de terminar encajando en el concepto de institución pública, lo que implica desviarse de los objetivos empresariales planteados por el mercado en el que participan. Lo anterior se considera relevante, pues ello es la diferencia entre el éxito y el fracaso del rol empresarial del Estado, donde lo segundo significa que el remedio terminó siendo peor que la enfermedad.

En este punto, conviene mencionar que a nivel legislativo en el Perú, la normativa, específicamente el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 1031 que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, optó por una definición de empresa estatal escueta, limitándose al criterio de la propiedad del accionariado:

*Artículo 4.- Formas en que se desarrolla la Actividad Empresarial del Estado
La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes formas:*

¹⁵⁹ ALVAREZ RODRICH, Augusto, p. 51-52.

4.1 Empresas del Estado de accionariado único: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

4.2 Empresas del Estado con accionariado privado: Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 Empresas del Estado con potestades públicas: Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.

El accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye Actividad Empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas.

Una vez adoptada una definición de empresa estatal, corresponde atender a la interrogante materia del presente numeral. De este modo, como se adelantó preliminarmente en párrafos anteriores, si bien se considera indispensable la intervención del Estado en la industria eléctrica, ello no significa que ésta deba darse necesariamente por medio de la empresa estatal. En ese sentido, se concuerda con el autor Gaspar ARIÑO ORTIZ respecto a que la aparición de la empresa estatal dependerá del contexto histórico, económico, político en el que se maneje cada Estado y de su propia capacidad para atraer la inversión privada¹⁶⁰. En ese sentido, ha concluido que:

*(...) el fenómeno de la empresa pública, o el sector público empresarial, **no responde (ni debe responder) a preconcepciones ideológicas**, a dogmatismos o criterios cerrados, a planes o formulaciones doctrinales, **sino que debe responder a un análisis, caso por caso**, de cuáles son las necesidades de un país y cuál puede ser la mejor forma de satisfacerlas aquí y ahora. La empresa pública debe ser aceptada ciertamente como un hecho y **un instrumento útil y legítimo** de los gobiernos modernos, **siempre que sea oportuna y prudentemente utilizado**. (...) **cualquier solución prejuzgada será siempre una simpleza** (...)¹⁶¹ (énfasis agregado).*

Sin perjuicio de que se concluye de que la implementación de la empresa estatal dependerá de un análisis caso por caso, incluyendo con ello al caso particular de la

¹⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*. España: Aranzadi S.A. 2007, p. 41.

¹⁶¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, pp. 54-55.

industria eléctrica, se considera pertinente señalar que existen una serie de motivos que ameritan la aparición de la empresa estatal en determinados escenarios, entre los cuales se destacan los siguientes: “- Inexistencia o insuficiencia de mercado (esto es, de iniciativa privada y libre competencia). - Razones de equilibrio y reestructuración de la economía nacional. - Motivaciones de política social: aseguramiento de un mínimo vital a todo ciudadano (empleo, vivienda, salud, abastecimientos mínimos)”¹⁶².

Finalmente, resulta necesario afirmar, como puede desprenderse de los primeros párrafos, que no consideramos que exista una relación directamente proporcional entre un modelo de libre competencia y la existencia de empresas estatales. Es decir, que no por el hecho de que se introduzca la libre competencia en la industria eléctrica, significa necesariamente la introducción de la inversión privada en todas las empresas estatales que participen en este mercado.

De este modo, se coincide con MORENO, quien, comentado el caso colombiano, opina lo siguiente: “Si bien estamos de acuerdo con estas críticas, no compartimos la solución propuesta, según la cual se deben privatizar las empresas públicas de energía eléctrica. **Eso sería una solución facilista que ignoraría las experiencias de otras naciones que han fijado normas claras para regular las situaciones que se presentan cuando el Estado empresario entre en competencia con empresas privadas**”¹⁶³ (énfasis agregado).

Finalmente, conviene citar al autor Andrés BOIX, quien se refiere de manera general a la intervención del Estado, pero cuyo análisis se considera pertinente y aplicable a la idea de empresa estatal como modalidad de intervención:

¹⁶² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, p. 60.

¹⁶³ MORENO, Luis Ferney, p. 150.

La idea básica es que, dado que **la intervención pública** está justificada para remediar ciertas deficiencias del mercado y para lograr objetivos concretos, **no será conveniente proseguir con ella cuando haya quedado patente que la misma no los logra o cuando el mercado sobre el que actúa se ha transformado de tal manera que, aunque fuera liberalizado, ya no tendrían lugar esas ineficiencias.** O cuando, en cualquier caso, y realizando un análisis económico de la situación, **los costes de la liberalización producto de las ineficacias que puedan subsistir por los restos de los problemas señalados son menores que los que supone la reserva al sector público**¹⁶⁴ (énfasis agregado).

Teniendo en cuenta las ideas desarrolladas en este capítulo, corresponde desarrollar el caso particular de la industria eléctrica en el Perú, empezando por analizar la evolución histórica de su normativa, que es materia del siguiente capítulo.

¹⁶⁴ BOIX, Andrés. *Cohesión social y liberalización de servicios públicos*. Trabajo de investigación. Universidad de Valencia. España: 2001, p. 29.

CAPÍTULO 2 – La intervención estatal en la evolución normativa de la industria eléctrica en el Perú

2.1 El inicio de la industria eléctrica peruana por la actividad privada

La industria eléctrica en el Perú se origina en 1886, con la inauguración del alumbrado público en la Plaza de Armas y algunas calles adyacentes. Este proyecto fue desarrollado por la empresa *Peruvian Electric Construction and Supply Company*, en virtud de un contrato suscrito en ese entonces con el Estado¹⁶⁵. Los años siguientes se caracterizaron por un preponderante “empuje empresarial”¹⁶⁶ privado, lo que se debería a que “el régimen legal para ordenar la industria daba total libertad a quienes quisiesen invertir en el sector”¹⁶⁷.

En esta etapa, destacan empresas como: Empresa Eléctrica Santa Rosa (titular de la planta Santa Rosa, que atendió un expandido alumbrado público desde 1902)¹⁶⁸; Compañía Eléctrica del Callao (titular de una planta a vapor que atendió el alumbrado público en el Callao desde 1902)¹⁶⁹; y, Luz Eléctrica de Arequipa (que instaló el alumbrado público a la ciudad de Arequipa en 1898)¹⁷⁰. Otra empresa que conviene destacar es Empresas Eléctricas Asociadas, resultado de “la fusión de todas las empresas vinculadas a la industria eléctrica, incluidas las de los ferrocarriles eléctricos urbanos”¹⁷¹ en 1910 y que a su vez impulsó una serie de proyectos eléctricos en los años siguientes (inicio de ampliación del alumbrado público en Lima en 1923, centrales de Callahuanca, Moyopampa, Huampaní, Matucana y Huinco¹⁷²).

¹⁶⁵ Durante el gobierno del general Miguel Iglesias. MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Luz del progreso*. 2010. Lima: Ministerio de Energía y Minas, p. 21.

¹⁶⁶ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 22.

¹⁶⁷ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 24.

¹⁶⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 22-24.

¹⁶⁹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 24-25.

¹⁷⁰ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 38.

¹⁷¹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 69.

¹⁷² MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 61-62

Si bien durante esta época se desarrollarían en el Perú un gran número de proyectos eléctricos, la falta de un marco legal que regulara la industria¹⁷³ trajo como consecuencia un ambiente de incertidumbre para el inversionista privado. En este aspecto, el autor Fritz VALLENAS describió a continuación el estado del sector eléctrico durante estos años:

*La falta de una Ley Orgánica de Electricidad, en cuyo texto se contemplara todos los aspectos relativos a esta importante industria, daba origen a **múltiples disposiciones, legales y administrativas, muchas de ellas de efímera duración y aun fatigosas en su aplicación.***

(...)

Los efectos de la crisis cuyos caracteres hemos esbozado ligeramente se tradujeron en:
a) *Estancamiento y paralización del proceso ampliatorio y hasta del crecimiento vegetativo de los servicios eléctricos ya existentes; y,*
b) *La no instalación de nuevos servicios.*

*Tal estado de cosas provocó **un grave retardo en el proceso de industrialización del país,** con funestas consecuencias en la economía y nivel de vida de sus habitantes¹⁷⁴ (énfasis agregado).*

Esta situación tampoco resultó ajena a la exposición de motivos de la primera ley que reguló la industria eléctrica en el Perú. En ese sentido, este documento incluyó la siguiente reflexión: “La reglamentación vigente, inconexa y circunstancial y la falta de una definida orientación legal y económica ha creado **un clima de incertidumbre** que se manifiesta en evidente estancamiento de esta actividad hasta el punto de determinar **la crisis de los servicios eléctricos en diversos lugares de la República**”¹⁷⁵ (énfasis agregado).

¹⁷³ INSTITUTO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES. *Reconocimiento del uso del recurso hídrico por los diferentes sectores productivos en el Perú*. INRENA: Lima. 1996, p. 239. Consulta: 25 de enero de 2016.

http://www.cepes.org.pe/pdf/OCR/Partidos/estudio_uso_rr.hh..htm

¹⁷⁴ VALLENAS, Fritz. *La ley peruana de electricidad*. Lima: Asociación de Empresarios Eléctricos del Perú. 1955, pp. 8-9.

¹⁷⁵ MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS. *Ley de la industria eléctrica No. 12378, Reglamento y Anexo sobre sistema de clasificación uniforme de cuentas*. Edición Oficial: Lima. 1956, p. 5.

El escenario descrito motivó que a partir de 1950 se inicie el planteamiento de una ley sobre la industria eléctrica¹⁷⁶, lo que tendría como resultado que en 1955 se promulgue la Ley N° 12378, que aprobó la Ley de la Industria Eléctrica¹⁷⁷. Su reglamento sería aprobado un año después, mediante Decreto Supremo N° 3¹⁷⁸.

2.2 La Ley de la Industria Eléctrica: un modelo para la promoción de la inversión privada

La Ley de la Industria Eléctrica propone un interesante primer modelo estructural para la industria eléctrica peruana. En la exposición de motivos, puede observarse una clara disyuntiva del legislador entre optar por una reserva estatal exclusiva de la prestación del servicio público de electricidad (Estado interventor o empresario) o por permitir la participación de la iniciativa privada regulada por el Estado (Estado mixto o regulador):

*La política económica, llamada a imprimir característica fundamental a la Ley debía decidirse por una de las siguientes orientaciones: la que ostentando una franca tendencia hacia la nacionalización de los servicios eléctricos obliga al Estado a tomar directamente o por medio de entidades fiscalizadas la actividad industrial que los mantiene o bien, la que deja este campo a la iniciativa privada **sin descartar la vigilancia permanente del Poder Público, ni excluir su facultad de prestar directamente dichos servicios públicos**¹⁷⁹ (énfasis agregado).*

Como se observa en la propia exposición de motivos, en la Ley de la Industria Eléctrica se optó finalmente por promover la inversión privada en un sector eléctrico debida y previamente regulado por el Estado:

¹⁷⁶ VALLENAS, Fritz, p. 9.

¹⁷⁷ Promulgada el 6 de julio de 1955. Consulta: 25 de enero de 2016 <http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1955/Julio/12378.pdf> MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 66.

¹⁷⁸ Aprobado el 5 de enero de 1956.

¹⁷⁹ MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS, p. 5.

La primera de las orientaciones enunciadas, si se atiende a un plan inmediato, exigiría ingente esfuerzo a la finanza estatal a la par que una organización administrativa, que **por la experiencia recogida de otros países, resulta generalmente costosa y deficiente**. La adaptación de este sistema a las explotaciones privadas para nacionalizarlas progresivamente a costa del propio ejercicio industrial, impondría la necesidad de constituir y acumular un fondo de amortización financiera con **recargo gravoso y constante de las tarifas**.

La segunda de las directivas confrontadas, que permite el mantenimiento de la industria en manos del capitalista privado –mientras la acción de éste se desenvuelva dentro de límites honestos, cuyo riguroso control concierne a la función estatal– **constituye la tendencia aconsejable porque permite acrecer la potencialidad económica del País** al fomentar la inversión de capitales nacionales y extranjeros **sin excluir** la posibilidad de adquisición por **el Estado** de acuerdo con planes prudentes y previsores. (...)

(...) **el proyecto**, en suma, **sigue la sana orientación de estimular la inversión del capital privado en el campo de la industria eléctrica, con mantenimiento de las prerrogativas propias del Estado** (...) ¹⁸⁰ (énfasis agregado).

Lo anterior se comprueba en el artículo 7º de la Ley de la Industria Eléctrica: “Esta ley tiene por objeto establecer normas: (...) III.- Que **estimulen la inversión del capital privado en la industria eléctrica**, garantizando su recuperación y un adecuado interés a que se invierta en obras e instalaciones destinadas al servicio público”. En ese sentido, también se encuentra redactado el numeral 2 del artículo 15º de su reglamento. Queda claro, entonces, que esta ley tuvo como finalidad resultar atractiva para la inversión privada.

Asimismo, la Ley de la Industria Eléctrica otorgó la condición de servicio público a “la industria eléctrica destinado total o parcialmente al abastecimiento regular de energía para uso colectivo”. En el mismo artículo, se descartó como servicio público al “suministro de energía para uso industrial (...) cuando la potencia solicitada por el consumidor supere el límite establecido para este servicio conforme al respectivo contrato de concesión”¹⁸¹. En ambos casos, el Estado intervino a través de una fijación de tarifas, determinadas por un organismo especializado (la Comisión Nacional de Tarifas).

¹⁸⁰ MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS, pp. 5-6.

¹⁸¹ Artículo 4º. Ley de la Industria Eléctrica.

Sobre el particular, VALLENAS ha proporcionado una explicación a la decisión de aplicar esta modalidad de intervención del Estado de fijación tarifaria en un esquema que pretende promover la inversión privada:

*Uno de los más importantes problemas, que surgieron al redactarse la Ley, era el de **obtener el indispensable estímulo económico** para las inversiones del capital privado, **sin desnaturalizar el genuino carácter de servicio público que** la generación, distribución y suministro de la electricidad **deben necesariamente tener**.*

*En efecto, dicho estímulo **no podría otorgarse mediante una rentabilidad excesiva** porque ello daría origen a **una elevación en el costo de la energía** y, por ende, en el nivel tarifario, provocando la resistencia y aún la protesta de los consumidores, con desfavorables repercusiones en la industrialización del país.*

*Inversamente **la falta de estímulo rentable** podría dar origen a la **ausencia del inversionista**, ya que en el Perú, como en cualquier otro país, existen múltiples posibilidades de rentabilidad a obtenerse en inversiones distintas a las de la producción eléctrica¹⁸² (énfasis agregado).*

Otro aspecto que conviene mencionar respecto a esta ley es que la actividad empresarial estaba condicionada a un régimen de concesiones, permitiéndosele a una empresa desarrollar parte o todas las actividades destinadas al servicio público de electricidad¹⁸³. Con lo cual, es razonable concluir que la Ley de la Industria Eléctrica no impedía el desarrollo de integraciones verticales. Al mismo tiempo, esta ley permitía que los concesionarios comercializaran electricidad fuera de la zona de su concesión “siempre que la venta no comprometa el cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato de concesión”¹⁸⁴, evitándose con ello el desarrollo de monopolios o la existencia de pocos comercializadores en una misma área de concesión.

En relación con las concesiones de distribución, de conformidad con el artículo 35º, los concesionarios estaban obligados a suministrar anualmente más de 110% -1 y ½- que la cantidad de energía eléctrica destinada al servicio público el año anterior. Esta

¹⁸² VALLENAS, Fritz, p. 10.

¹⁸³ Artículo 12º. Ley de la Industria Eléctrica.

¹⁸⁴ Artículo 141º. Ley de la Industria Eléctrica.

medida obligaba a los inversionistas de esta actividad a la expansión del servicio público de electricidad para satisfacer una demanda creciente.

Ahora bien, en relación con la actividad empresarial del Estado, que ya se observaba en la práctica incluso antes de la promulgación de la Ley de la Industria Eléctrica, se dispuso que todas las entidades, sin excepción, estuvieran sujetas a lo regulado por la Ley de la Industria Eléctrica. Así, esta norma expresamente señala que: “El Estado, las Municipalidades, las entidades fiscalizadas y las demás personas jurídicas de Derecho Público interno, cuando proporcionen servicio público de electricidad quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley”¹⁸⁵. En otras palabras, tanto empresas privadas como entidades estatales se rigieron por las mismas reglas, sin que el hecho de ser estatales les concediese ventaja alguna sobre los demás agentes en el mercado.

En línea con su intervención reguladora, tanto la Ley de la Industria Eléctrica como su reglamento, establecieron disposiciones relativas a la inspección y control del Estado de las obras e instalaciones eléctricas, los instrumentos de medición instalados y la aplicación de tarifas, a cargo del Ministerio de Fomento y Obras Públicas. El incumplimiento que el Estado descubriera en el ejercicio de estas atribuciones, ameritaba la imposición de multas, tipificadas en la ley y su reglamento. En efecto, como señaló VALLENAS, estas disposiciones “derivan del carácter de servicio público que tienen las concesiones eléctricas y de la necesidad de velar por que los derechos del agregado social son respetados”¹⁸⁶.

En línea con lo anterior, conviene mencionar el artículo 163° de la referida ley, en tanto señaló que “**en los casos de emergencia nacional** (...) el Gobierno, también, podrá

¹⁸⁵ Artículo 5°. Ley de la Industria Eléctrica. Sobre el particular, VALLENAS señala que: “La Ley de Industria Eléctrica Peruana, no descarta la posibilidad de que el Estado y las Municipalidades asuman el carácter de empresarios del servicio público de electricidad; medida que por otra parte, no hace sino dar fuerza legal a una situación ya existente en algunas de las circunscripciones del país”. VALLENAS Fritz, p. 28.

¹⁸⁶ VALLENAS, Fritz, p. 21.

tomar por su cuenta el uso o el control de cualquier actividad de la industria eléctrica. **En el caso de uso, el Estado abonará al concesionario una compensación (...).** **Desaparecida la situación de emergencia nacional,** el concesionario reasumirá la explotación de los servicios” (énfasis agregado). Sobre el particular, se considera que este es el artículo que mejor refleja al Estado regulador que se consolidó en la industria eléctrica peruana durante la vigencia de la Ley de la Industria Eléctrica: Un Estado que permite la participación de las empresas privadas en esta industria, sin dejar de lado la condición esencial que este servicio implica, asegurando en todo momento su continuidad.

Finalmente, conforme a esta ley, no se consideraba que fuera necesario que el Estado mantenga la titularidad sobre plantas de servicio público de electricidad, como se consideraría posteriormente. Así, el artículo 161º autorizaba al Poder Ejecutivo a “vender en caso que lo considere necesario las plantas de servicio eléctrico del Estado”. En ese sentido, esta ley le permitió al Estado adaptarse a un eventual ingreso de empresas privadas que se encuentren interesadas en la operación de dichas centrales, porque el hecho de que estas centrales cambien de titularidad estatal a privada, no significa que éstas dejen de operar.

En síntesis, este primer modelo estructural de la industria eléctrica peruana se caracterizó por lo siguiente: **(i)** la posibilidad de integraciones verticales, **(ii)** la promoción de la libre competencia –al autorizar la venta de electricidad fuera del área de concesión-, **(iii)** la facultad estatal de inspección, de control y sancionadora; **(iv)** la regulación tarifaria para toda venta de electricidad –independientemente de si califica o no como servicio público-; y, **(v)** una actividad empresarial del Estado regulada.

Por todo lo expuesto, se coincide con la opinión general de que esta primera ley dio los “incentivos adecuados para la inversión privada”¹⁸⁷. En efecto, en la práctica, la Ley de la Industria Eléctrica fue la base para el desarrollo de una consolidada industria eléctrica en el Perú, que desde sus orígenes fue impulsada por la inversión privada:

Al amparo de esta Ley [de la Industria Eléctrica] se desarrolló de manera acelerada la infraestructura eléctrica de las áreas atendidas por las empresas privadas que, a su vez, eran las de mayor desarrollo económico. El tamaño relativo de los mercados a cargo de estas empresas permitió la construcción de centrales hidroeléctricas cada vez más grandes y centrales termoeléctricas con equipos de mediano tamaño, por lo que las tarifas en esas localidades resultaban bastante menores (...)¹⁸⁸ (énfasis agregado).

Mientras la Ley de la Industria Eléctrica estuvo vigente, se promulgó la Ley N° 13979¹⁸⁹, mediante la cual se autorizó al Estado a organizar como empresas autónomas con personalidad jurídica los servicios eléctricos del Estado, con la finalidad de “abastecer la electricidad a las poblaciones en donde la acción del capital privado o las municipalidades no fuera efectiva”¹⁹⁰. Una clara evidencia de una lógica de Estado subsidiario que será materia del tercer capítulo.

La Ley de la Industria Eléctrica se mantuvo vigente en su totalidad por diecisiete años, hasta que en 1972 se promulgó el Decreto Ley Normativo de Electricidad que, sin derogarla expresamente, dispuso una serie de medidas de ejecución inmediata, completamente contrarias a lo que era la regulación del sector eléctrico hasta ese momento.

2.3 La estatización y la integración vertical de la industria eléctrica: el Decreto Ley Normativo de Electricidad y la creación de ELECTROPERÚ

¹⁸⁷ INSTITUTO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES, p. 239.

¹⁸⁸ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 67.

¹⁸⁹ Promulgada el 15 de febrero de 1962. Consulta: 26 de enero de 2016.
<http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1962/Febrero/13979.pdf>

¹⁹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES, p. 239.

Un cambio de gobierno nunca significó tanto para la industria eléctrica peruana como en 1968. En este año, luego de un golpe de estado, comenzó el gobierno del general Juan Velasco Alvarado. Durante este gobierno, se promulgó en 1972 el Decreto Ley N° 19521, que aprobó el Decreto Ley Normativo de Electricidad¹⁹¹, que en su parte considerativa era claro respecto a los objetivos que regularían a partir de ese momento la industria eléctrica en el Perú:

*Que por ser la energía eléctrica un insumo que participa en casi todas las actividades productivas a la vez que un bien de consumo final que debe estar al alcance de toda la colectividad, el suministro de energía eléctrica para servicio público es básico para el desarrollo económico y social del país, y **constituye un instrumento estratégico** del mismo;*

(...)

*Que **para el logro de estos objetivos** es indispensable modificar sustancialmente las disposiciones legales relativas al Sub-Sector Electricidad, estableciendo un nuevo régimen que responda plenamente las disposiciones legales relativas al Sub-Sector Electricidad, estableciendo un nuevo régimen que responda plenamente a la política del Gobierno Revolucionario de **que el servicio público de electricidad, por constituir un servicio básico, se encuentre a cargo del Estado en todas sus etapas;** (...) (énfasis agregado).*

Es evidente desde la parte introductoria que en el nuevo modelo estructural de la industria eléctrica no había espacio para la inversión privada, constituyéndose el Estado como el único gestor del sistema eléctrico nacional. Asimismo, se advirtió la futura promulgación de una Ley General de Electricidad, para lo cual se consideró conveniente dictar previamente “un dispositivo legal que contenga los principios básicos a los cuales deberá adecuarse la nueva legislación, así como las normas de ejecución inmediata”¹⁹².

Como parte de estas medidas, el artículo 20° del Decreto Ley Normativo de Electricidad, creó a la empresa estatal “Electricidad del Perú”-ELECTROPERU,

¹⁹¹ Promulgado el 13 de setiembre de 1972.

¹⁹² Para mayor información sobre el régimen legal a 1975 de la industria eléctrica en el país ver: BASSINO SCARRONE, Aldo y Guillermo CRUZ GALLO. *Régimen legal en el país en el sub-sector electricidad*. Lima: Electrolima. 1975.

empresa que continúa operando bajo titularidad estatal en la actualidad. ELECTROPERU se regiría por lo dispuesto en la Ley N° 19522, que aprobó la Ley General de Electricidad ELECTROPERU, y que sería promulgado un día después de este decreto ley.

De conformidad con el artículo 5° del referido decreto ley, el Estado se reservó las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica para servicio público. La única excepción a esta reserva exclusiva estatal, era cuando estuviera destinado al uso propio, cuando ELECTROPERU se encontrara imposibilitado de proporcionar el servicio eléctrico con sus propios sistemas¹⁹³. De esta manera, ELECTROPERU consolidaba un monopolio público verticalmente integrado, en los términos del primer modelo estructural desarrollado por HUNT.

Otros aspectos que ameritan ser destacados de esta norma, y que reflejan el cambio de modelo en la industria eléctrica, son los siguientes:

- Obligaciones a ser cumplidas exclusivamente por las empresas privadas **extranjeras**: (i) negociar la venta de sus acciones al Estado (Segunda Disposición Transitoria); y, (ii) la adquisición por parte del Estado de toda nueva emisión por aumento de capital que realicen a tal fecha (Sexta Disposición Transitoria).
- Un régimen distinto para las empresas privadas **nacionales**: la posibilidad de continuar operando en virtud de la Ley de la Industria Eléctrica y la libertad vender sus acciones a otros inversionistas nacionales o al Estado (Tercera Disposición Transitoria).
- La obligación de interconectar todos los sistemas eléctricos a los sistemas de ELECTROPERU (artículo 16°).

¹⁹³ Artículo 14°. Decreto Ley Normativo de Electricidad.

- La creación de una Tarifa Unificada Nacional, que integraría todos los sistemas eléctricos de servicio público del país (artículo 18°), con lo que se pretendía coadyuvar al desarrollo de localidades menos favorecidas¹⁹⁴.

Como se observa, contrario a la Ley de la Industria Eléctrica, este decreto ley tuvo como objetivo eliminar la inversión extranjera y trasladar el control de la industria a una empresa estatal, ELECTROPERU, que además estaba encargado de ejercer la gestión empresarial como accionista de las empresas de servicio público de electricidad¹⁹⁵.

Ahora bien, siete años después de la promulgación del Decreto Ley Normativo de Electricidad, se publicó el Decreto Ley N° 22656¹⁹⁶, por medio del cual se autorizó a empresas privadas a realizar la actividad de comercialización de energía eléctrica, en ciertos escenarios y previa autorización del Ministerio de Energía y Minas (MINEM). La razón de este cambio, mediante el cual se incorporó un párrafo adicional al artículo 14° del Decreto Ley Normativo de Electricidad, fue “atender los requerimientos energéticos de los sectores industrial, minero-metalúrgico, agropecuario y demás actividades socio-económicas, ubicadas en áreas geográficas que no cuentan actualmente con infraestructura eléctrica que satisfaga sus necesidades”.

Esta modificación evidencia la existencia de deficiencias en este nuevo modelo estructural de la industria eléctrica, empezando por el hecho de que no resultó posible para una única empresa estatal atender toda la demanda de electricidad a nivel nacional, en una industria que demanda grandes cantidades de inversiones de capital.

¹⁹⁴ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 73.

¹⁹⁵ Tercera Disposición Transitoria. Ley General de Electricidad ELECTROPERU. Esta disposición se refiere a las Empresas Estatales Asociadas –en las que el Estado participa con un accionariado mínimo de 25%. Ver definición en el Título VI del Decreto Ley Normativo de Electricidad.

¹⁹⁶ Publicado el 28 de agosto de 1979.

Otros inconvenientes que se presentaron con la implementación del referido decreto ley, se relacionaron con la infraestructura eléctrica y la fijación tarifaria, como se describe a continuación:

*Las empresas de electricidad, por ser entidades del Estado, estaban obligadas a hacer licitaciones para las nuevas inversiones, lo que resultaba que en algunos casos en una misma central termoeléctrica **era equipado con productos de diferentes fabricantes**, repuestos que no eran intercambiables con otras unidades y necesidad de capacitación al personal para cada equipo de proveedor diferente, lo que además, **complicaba el mantenimiento de las unidades y lo hacía más costoso**.*

*La Dirección de Tarifas Eléctricas del Ministerio de Energía y Minas era la responsable de proponer **los reajustes tarifarios**; sin embargo, **en la práctica su aprobación dependía del Consejo de Ministros que priorizaba los aspectos políticos a la razonabilidad** de las propuestas del sector. La situación se hizo muy grave debido a que a fines de los años setenta **la inflación era muy elevada** y cualquier atraso en los reajustes tarifarios implicaba la necesidad de un reajuste mayor para compensar lo atrasado, se mantuvo así un **constante atraso que afectó seriamente a las empresas de electricidad que no tenían los recursos para el adecuado mantenimiento de sus instalaciones**¹⁹⁷ (énfasis agregado).*

En síntesis, este nuevo modelo estructural se caracterizó por una tendiente satisfacción de los fines políticos por encima de las necesidades técnicas y económicas propias de la naturaleza de la industria eléctrica –como la eliminación de la inversión privada extranjera, cuando la inversión es vital para el crecimiento de este sector-. Sin embargo, como se advirtió al inicio de este numeral, el Decreto Ley Normativo de Electricidad era solo un preámbulo de lo que se propondría en 1982 con la Ley N° 23406, que aprobó la Ley General de Electricidad¹⁹⁸, y su reglamento, aprobado ese mismo año por Decreto Supremo N° 031-82-EM-VM¹⁹⁹.

2.4 Consolidación de la industria eléctrica en manos estatales: la Ley General de Electricidad

¹⁹⁷ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 74.

¹⁹⁸ Promulgada el 29 de mayo de 1982.

¹⁹⁹ Promulgado el 4 de setiembre de 1982.

La promulgación de la Ley General de Electricidad coincidió con lo que se conoce como la “crisis de la deuda, iniciada en 1982, que impidió contar con nuevo financiamiento y que más bien se convirtió en una carga importante para los países latinoamericanos”²⁰⁰. Esta ley derogó expresamente la Ley de la Industria Eléctrica, así como también el Decreto Ley Normativo de Electricidad.

La regulación planteada por la Ley General de Electricidad estuvo en la línea de lo dispuesto por el derogado decreto ley, con algunas diferencias. Así, coincidió con que el servicio público de electricidad estaría a cargo del Estado, pero descentralizó la prestación de este servicio incluyendo, además de ELECTROPERU, a Empresas Regionales de Servicio Público de Electricidad y Empresas de Interés Local – constituidas en caso exista demanda no atendida total o parcialmente por alguna Empresa Regional-²⁰¹, las cuales eran consideradas como empresas filiales de ELECTROPERU. Adicionalmente, esta ley dispuso expresamente que tanto ELECTROPERU como sus empresas filiales no podrían “en ningún momento ser transferidas al control del sector privado”²⁰², completamente contrario a lo que se estableció en la Ley de la Industria Eléctrica²⁰³.

Conviene mencionar que, un año antes, se había promulgado el Decreto Legislativo N° 41, que aprobó la Ley de ELECTROPERU²⁰⁴. Esta ley derogó la Ley General de Electricidad ELECTROPERU, y transformó a ELECTROPERU en una empresa estatal de derecho privado²⁰⁵. Asimismo, de acuerdo con esta ley, las empresas concesionarias cuyas plantas hidroeléctricas o geotérmicas estuvieran destinadas al

²⁰⁰ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 60.

²⁰¹ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 60.

²⁰² Artículo 2º. Ley General de Electricidad.

²⁰³ Así, el citado artículo 161º de la Ley de la Industria Eléctrica dispuso lo siguiente: “Autorízase al Poder Ejecutivo para vender en caso lo considere necesario las plantas de servicio eléctrico del Estado”.

²⁰⁴ Promulgado el 5 de marzo de 1981

²⁰⁵ INDECOPI. Expediente 209-2008/CCD. Resolución 0778-2011/SC1: 4 de abril de 2011, p. 41. Consulta 26 de enero de 2016.
http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2011/Re0778.pdf

funcionamiento de sus proyectos mineros y/o industriales, extendiéndose más allá de los 30 años de su concesión, al término de dicho plazo estarían obligadas a celebrar un contrato de suministro eléctrico con ELECTROPERU para atender las necesidades de sus proyectos²⁰⁶. Esta disposición es un ejemplo más de la reserva exclusiva del Estado para la prestación del servicio público de electricidad, que además controlaba la operación del sistema eléctrico a través de un Comité integrado por los gerentes de operación de todas las Empresas Regionales²⁰⁷.

De conformidad con la Ley General de Electricidad, las empresas filiales de ELECTROPERU eran personas jurídicas de derecho privado²⁰⁸. Además, de acuerdo a esta ley, “una misma área no [podría] ser asignada a más de una empresa de Servicio Público de Electricidad [lo que las convierte en monopolios regionales], salvo en casos especiales debidamente justificados, a título temporal y por plazo definido”²⁰⁹. Adicionalmente, estas empresas debían ejecutar los proyectos eléctricos de generación destinados a ser utilizados dentro de su área²¹⁰.

En cuanto a la participación de las empresas privadas en el mercado eléctrico, en virtud de la Ley General de Electricidad, éstas podían actuar como autoprodutores – generación de energía eléctrica que destine como mínimo 50% para su consumo propio²¹¹- o concesionarios –autorizados por el MINEM para realizar la actividad de generación y transmisión para su venta a unidades productivas o a empresas de servicio público de electricidad²¹², excluyendo con ello a usuarios finales.

²⁰⁶ Tercera Disposición Final. Ley de ELECTROPERU.

²⁰⁷ Artículo 141° del Reglamento de la Ley General de Electricidad.

²⁰⁸ Artículos 5° y 8°. Ley General de Electricidad.

²⁰⁹ Artículo 35°. Ley General de Electricidad.

²¹⁰ Artículo 22°. Ley General de Electricidad.

Conforme al artículo 133° de la Ley General de Electricidad, se debían constituir una Empresa Regional de Servicio Público por cada una de las siguientes zonas: Norte, Norte Medio, Departamento de Lima, Sur Medio, Sur Oeste, Oriente, Centro y Sur Este.

²¹¹ Artículo 6°. Ley General de Electricidad.

²¹² Artículo 7°. Ley General de Electricidad.

Como puede observarse de lo hasta aquí señalado, la Ley General de Electricidad instauró un modelo estructural para la industria eléctrica en ciertos aspectos distinto al del Decreto Ley Normativo de Electricidad. De este modo, la prestación del servicio público de electricidad continuó siendo monopolio del Estado, constituyéndose empresas estatales regionales que proveyeran dicho servicio en una zona reservada exclusivamente a cada una de ellas –monopolios regionales-. En este esquema, los concesionarios que pueden realizar actividad de generación y transmisión, deben necesariamente vender a estas empresas estatales –monopsonio-, pues son éstas las que prestan el servicio público de electricidad. Lo que, en consecuencia, encaja en el segundo modelo estructural de HUNT en lo relativo al servicio público de electricidad.

Sin embargo, en la práctica, esta ley no tuvo los resultados esperados. Así, en la década de los 90, “las empresas de electricidad se debatían en una grave crisis financiera. Gran parte de la responsabilidad de semejante situación se debía al mantenimiento de tarifas artificialmente bajas y a una gestión ineficiente de dichas empresas desde su estatización”²¹³. En efecto, el problema descrito en el numeral anterior respecto al control político de la fijación de tarifas, tuvo como resultado que éstas no cubrieran por completo sus costos operativos²¹⁴. En síntesis, el escenario de la industria eléctrica en la década de los noventa, como se describe a continuación, era desalentador:

*Así, a inicios de los noventa, la actividad eléctrica en el Perú mostraba un importante deterioro como consecuencia de la escasa inversión en infraestructura debido a los problemas fiscales, a que las tarifas no cubrían los costos de producción, las limitadas inversiones en mantenimiento y la destrucción sistemática de infraestructura por parte del terrorismo. Ello llevó a que el coeficiente de electrificación alcanzara en 1990 sólo el 45%, uno de los más bajos de América Latina, a que la oferta de energía sólo cubriera el 74% de la demanda y a que las pérdidas de distribución superaran el 20%.
(...)*

²¹³ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 83.

²¹⁴ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, p. 63.

Esta situación produjo significativas pérdidas en las empresas del sector, todas ellas de propiedad estatal (...). Así, de acuerdo a estadísticas del Banco Central de Reserva, empresas como Electroperú perdieron entre 1985 y 1989 cerca de US\$ 420 millones acumulados debido a estas razones²¹⁵.

Esta crisis de la industria eléctrica, que inició en los años 80 con la crisis de la deuda y continuó en los años 90, coincidió con el retorno de la democracia. A nivel mundial, la señalada crisis de la deuda “dio origen a un conjunto de temas de política económica, concordadas en la reunión de funcionarios de los organismos financieros internacionales y de expertos, realizada en noviembre de 1989 en la ciudad de Washington, que se gestó por la convocatoria del economista inglés John Williamson²¹⁶ y que tuvo como resultado el llamado Consenso de Washington.

En palabras del autor Jaime LUYO, el Consenso de Washington: “recomendaba básicamente: la apertura comercial, liberalización financiera, apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas, la privatización de empresas estatales, desregulación bajo el principio de la libre competencia (que incluía a todos los sectores de la economía, y en particular, el sector energía)²¹⁷. A su vez, estas disposiciones tuvieron como resultado que, a partir de 1991, ya con un nuevo gobierno, se iniciaran los intentos de reforma de la industria eléctrica en el Perú con la finalidad de solucionar los problemas antes señalados.

Ese mismo año se promulgó una norma que modificaría el rol del Estado peruano en la economía y que desembocaría en una nueva regulación respecto de la industria eléctrica: el Decreto Legislativo N° 674, que aprobó la Ley de Promoción de la

²¹⁵ DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA, pp. 62 y 63.

²¹⁶ LUYO, Jaime. “De las crisis a las Reformas regulatorias en el Sector Energía”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Parte II, No. 12, pp. 77-85, p. 77.

²¹⁷ LUYO, Jaime, p. 77.

Inversión Privada de las Empresas del Estado²¹⁸. Al respecto, en la parte considerativa de este decreto legislativo se señala:

*Que, **la Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios**, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario;*

*Que, **deben crearse las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas del Estado**, con objeto de lograr la modernización, saneamiento y vigorización de las actividades a su cargo; (...) (énfasis agregado).*

Como se observa, a partir de ese momento el objetivo del Estado se orientó hacia la necesidad de conseguir la reinserción de la inversión privada en el país, desplazándose por completo la implementación de un Estado principalmente empresario. Asimismo, conviene destacar que esta norma creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), encargada principalmente de seleccionar las empresas estatales y las modalidades de promoción de la inversión privada que les serían de aplicación.

Otra entidad cuya creación durante este año resulta pertinente mencionar, es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – INDECOPI en 1991, mediante Decreto Ley N° 25868²¹⁹. A este organismo se le asignó, entre otros, velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, aprobada por el Decreto Legislativo N° 701²²⁰ días antes.

²¹⁸ Promulgada el 27 de setiembre de 1991.

²¹⁹ Promulgado el 24 de noviembre de 1992.

²²⁰ Promulgado el 7 de noviembre de 1991.

Siguiendo esta línea, también en noviembre de 1991, se promulgó el Decreto Legislativo N° 693, que aprobó la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico²²¹, mediante la cual se dispuso principalmente lo siguiente:

- Otorgar garantías al inversionista privado (estabilidad tributaria, libre comercialización de la energía sujeta a peaje, tarifa garantizada, tratamiento no menos favorable que otros sectores económicos, entre otros) (artículo 7°), sin distinguirse entre inversionista nacional o extranjero.
- Modificar la gestión del servicio público de electricidad, estableciéndose que éste se encontraba a cargo tanto del Estado como de los particulares (artículo 13°).
- Permitir a las empresas privadas la prestación el servicio de distribución en áreas cedidas por las empresas de servicio público de electricidad, mediante la suscripción de un contrato de concesión de distribución, previamente aprobado por el MINEM (artículo 17°).
- Apertura del mercado de comercialización a los concesionarios, en la medida en que ahora podrían suministrar energía eléctrica ya no únicamente a otras empresas de servicio público de electricidad y unidades productivas, sino también a usuarios finales (artículo 19°).
- Conceder a las empresas privadas la posibilidad de realizar las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución y/o comercialización de energía eléctrica, previa autorización del MINEM (artículo 19°).

La Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico nuevamente produce un giro de 180° grados a la industria eléctrica. Con esta ley, no solo se pretendió atraer nuevamente la inversión privada –nacional o extranjera- sino que se permitió que ésta realice la actividad de comercialización de electricidad destinada al servicio público, actividad antes reservada exclusivamente a las Empresas Regionales de Servicio

²²¹ Promulgado el 6 de noviembre de 1991.

Público de Electricidad. Asimismo, permitía que una o todas las actividades de la industria eléctrica –generación, transmisión, distribución, comercialización- fueran desarrolladas por los concesionarios, lo que una vez más no impedía la creación de integraciones verticales. Además, toda venta de electricidad, sea ésta entre empresas o a usuarios finales, estaría sujeta a regulación tarifaria.

Estos elementos hacen razonable concluir que la industria eléctrica peruana de 1991, encajaría, con ciertas particularidades, en el cuarto modelo de HUNT, pues los concesionarios de generación, transmisión, distribución y/o distribución podían comercializar energía eléctrica directamente a los usuarios finales. No obstante, esta norma sería derogada en menos de un año por una nueva ley que reformó definitivamente la industria eléctrica y, con algunas modificaciones posteriores, es la ley que continúa vigente al día de hoy, esta es, la Ley de Concesiones Eléctricas o LCE.

2.5 Punto de quiebre en el modelo de Estado intervencionista y las reformas de “primera generación”: Análisis de la reforma de la Ley de Concesiones Eléctricas

La LCE, aprobada por Decreto Ley N° 25844, se promulgó en 1992²²² y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, se promulgó al año siguiente²²³. Al respecto, si el objetivo del Decreto Ley Normativo de Electricidad era consolidar una industria eléctrica a manos de un Estado intervencionista, el objetivo de la LCE, sea por el fracaso de la primera o la presión internacional, era transformar este rol para construir un mercado eléctrico competitivo.

²²² Promulgado el 19 de noviembre de 1992. Consulta: 27 de enero de 2016.

²²³ Promulgado el 25 de febrero de 1993. Consulta: 27 de enero de 2016.

En ese sentido, como ha señalado el autor Roberto SANTIVAÑEZ, la LCE fue el primer paso hacia una reforma integral de la industria eléctrica:

La reforma involucró tres etapas. La primera consistió en la adopción del nuevo modelo regulatorio de la LCE. La segunda consistió en la reestructuración y reorganización de las compañías eléctricas estatales verticalmente integradas a fin de convertirlas en compañías de generación, transmisión o distribución. La tercera y última etapa corresponde a la privatización de las compañías eléctricas estatales reestructuradas, proceso que empezó en 1994 (...)²²⁴.

Al respecto, en este numeral, se analizará la primera etapa, esto es, la adopción del nuevo modelo regulatorio de la LCE, así como también la normativa que se impulsó durante esta etapa y que también formó –y forma- parte del marco legal de la industria eléctrica. Las otras dos etapas descritas en la cita de SANTIVAÑEZ serán analizadas posteriormente.

En ese sentido, es necesario identificar los aspectos de esta norma que mejor reflejan este cambio radical en la estructura de la industria eléctrica peruana²²⁵:

- (i) Desintegración vertical de las actividades en generación, transmisión y distribución. Prohibición expresa de que estas actividades sean efectuadas simultáneamente por un mismo titular (artículo 122°);
- (ii) Distinción entre un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y un régimen de precios regulados (artículos 8°, 43° y 44°). Los clientes bajo el régimen de libertad de precios –o clientes libres- son aquellos cuya demanda máxima excede 1 MW²²⁶ o 20% de la demanda máxima de la concesión de distribución (artículo 2° del reglamento).

²²⁴ SANTIVAÑEZ SEMINARIO, Roberto. *Desregulación y privatización eléctrica en el Perú*. Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taimán & Luna-Victoria abogados: Lima. 2001, p. 25.

²²⁵ Para mayor información consultar: SANTIVAÑEZ SEMINARIO, Roberto, a partir de p. 27.

²²⁶ Esto fue modificado posteriormente en el 2009 a más de 2500 MW y un rango optativo entre 200 MW y 2500 MW.

- (iii) Promoción de la competencia a nivel generación, mediante la implementación de un mecanismo de coordinación del sistema basado en la operación al mínimo costo (artículo 39°), donde el “despacho es asignado dando prioridad a las unidades de generación que tengan el menor costo variable de operación disponible”²²⁷.
- (iv) Monopolio de distribución en la zona de su concesión, pues la zona de concesión está expresamente reservada de manera exclusiva para un solo concesionario (artículo 30°)
- (v) Competencia en el suministro a clientes sujetos a un régimen de libertad de precios entre generadores y distribuidores²²⁸.
- (vi) Acceso abierto a redes de transmisión y distribución (artículos 33° y 34°)
- (vii) Creación de un comité de operación económica del sistema (COES), integrado por los titulares de centrales de generación y sistemas de transmisión, cuyas instalaciones se encuentren interconectadas al sistema (artículo 39°);
- (viii) La inexistencia de un segmento de comercialización, pues esta actividad está incorporada dentro de la actividad de los concesionarios de distribución²²⁹.

Como puede observarse, legalmente existe por un lado competencia a nivel mayorista, pues los generadores pueden contratar tanto con distribuidores como con clientes libres. Por otro lado, participan además clientes sujetos a regulación tarifaria que solamente pueden contratar el suministro con el distribuidor titular de la concesión de la zona en la que se encuentran. Asimismo, según este modelo, el concesionario de distribución realiza tanto la actividad de distribución como comercialización, lo que impide una competencia a nivel minorista²³⁰. El modelo implementado por la LCE encaja, por ende, en el tercer modelo estructural de HUNT.

²²⁷ SANTIVAÑEZ SEMINARIO, Roberto, p. 27.

²²⁸ SANTIVAÑEZ SEMINARIO, Roberto, p. 28.

²²⁹ LUYO, Jaime, p. 80.

²³⁰ LUYO, Jaime, p. 80.

En 1996, en concordancia con el nuevo rol regulador del Estado, se promulgó la Ley N° 26734²³¹, que creó al Organismo Supervisor en Inversión en Energía-OSINERG (hoy OSINERGMIN). De conformidad con el artículo 1° de esta ley, OSINERGMIN era un “organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas en los subsectores de electricidad e hidrocarburos”. Posteriormente, en el 2000, se promulgó la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332²³², que además de calificar a OSINERGMIN como uno de los organismos reguladores, le concedió función normativa para “dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular”; y, dispuso la fusión de la comisión de Tarifas de Energía y OSINERGMIN como un solo organismo regulador.

Sin perjuicio de lo anterior, siete años después de que esta ley entró en vigencia, INDECOPI afirmó que en la práctica no se daba realmente esta competencia entre generadores y distribuidores. En primer lugar, identificó un problema de acceso, pues si bien la LCE obliga al distribuidor a brindar acceso a sus redes, se deja total libertad a estos últimos para establecer sus condiciones.

Esta sería una fórmula letal dado que, de conformidad con la investigación de INDECOPI, los distribuidores no tendrían incentivos para contratar con los generadores, impidiendo este acceso a través de diversas prácticas: “negándose injustificadamente a dar acceso a sus redes, estableciendo peajes de acceso exageradamente elevados que desincentiven el ingreso de otros proveedores o condicionando el acceso a sus redes a la satisfacción de determinados requerimientos

²³¹ Promulgada el 31 de diciembre de 1996.

²³² Promulgada el 29 de julio de 2000.

no vinculados con la utilización de las mismas”²³³. Esta opción habría resultado todavía más atractiva para los distribuidores toda vez que “el marco regulatorio (...) no garantiza el acceso inmediato a las instalaciones del distribuidor sino hasta que quede resuelta definitivamente la discrepancia sobre las condiciones y retribución por el uso de los sistemas de la empresa distribuidora”²³⁴.

Un segundo inconveniente identificado por INDECOPI estuvo relacionado con la ventaja que tienen los distribuidores sobre los generadores en la actividad de comercialización, pues los primeros “ya han invertido previamente en la infraestructura de comercialización necesaria para abastecer a sus clientes regulados, pudiendo usar toda esta misma infraestructura en la comercialización de energía a los clientes libres”²³⁵. A ello se sumaría la llamada “inercia del consumidor”, conforme a la cual los clientes libres continúan contratando con la distribuidora pese a que un competidor entrante -generador- le ofrezca un suministro más beneficioso, lo que puede estar relacionado con la fidelidad del consumidor o la existencia de costos elevados para cambiarse de suministrador²³⁶.

Finalmente, en un tercer grupo de inconvenientes, INDECOPI incorporó la existencia de contratos de largo plazo entre distribuidores y los clientes libres en su zona de concesión (penalidades altas) y la falta de regulación de la actividad de comercialización (vacío regulatorio)²³⁷. En consecuencia, INDECOPI recomendó que, a fin de conseguir una verdadera competencia a nivel mayorista, era necesario: **(i)** regular los peajes por el uso de los sistemas de distribución por parte de terceros; **(ii)** exigir que se otorgue al cliente libre la información que le permita elegir correctamente a su suministrador –precios y condiciones de venta (potencia y energía); y, **(iii)**

²³³ INDECOPI. *Competencia en el mercado de clientes finales de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios*. Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia: Lima. 1999, p. 14.

²³⁴ INDECOPI (1999), p. 15.

²³⁵ INDECOPI (1999), p. 15.

²³⁶ INDECOPI (1999), p. 15.

²³⁷ INDECOPI (1999), p. 16.

desagregar los costos de generación y distribución en la facturación, a fin de que el cliente libre pueda comparar de manera objetiva los cargos imputados por su suministrador²³⁸.

En línea con lo anterior, un mes después de haberse emitido este informe, se publicó la Ley N° 27239²³⁹, que modificó la LCE respecto a lo siguiente: **(i)** la obligación de incluir en los contratos de venta de energía y potencia de los suministros bajo el régimen de libertad de precio, la separación de los precios de generación acordados a nivel de la barra de referencia de generación y las tarifas de transmisión y distribución (artículo 8° de la LCE); **(ii)** la obligación de considerar en las facturas los precios acordados a nivel generación, transmisión, distribución y comercialización por separado (artículo 44° de la LCE); y, **(iii)** las compensaciones por el uso de las redes del sistema de distribución serán reguladas tarifariamente (artículo 62° de la LCE). Como se observa, estas modificaciones acogen en su totalidad las recomendaciones planteadas por INDECOPI en el informe previamente analizado, corrigiéndose los vacíos identificados en la LCE que dificultaran la introducción de libre competencia a nivel mayorista²⁴⁰.

Ahora bien, cinco años después de la entrada en vigencia de la LCE, se promulgó la Ley N° 26876, que aprobó la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, que también forma parte en la actualidad del marco legal de la industria eléctrica en el Perú. El objetivo expreso de esta norma es evitar los actos de concentración, verticales u horizontales, en las actividades de generación, transmisión o distribución

²³⁸ INDECOPI (1999), p. 17.

²³⁹ Publicada el 22 de diciembre de 1999.

²⁴⁰ En línea con la Ley N° 27239, el 18 de setiembre de 2000 se publicó el Reglamento para la Comercialización de Electricidad en un Régimen de Libertad de Precios, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2000-EM, que estableció las modalidades de contratación, los criterios mínimos a considerar en los contratos sujetos al régimen de libertad de precios, entre otros.

de energía eléctrica, “que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia”²⁴¹.

Sobre el particular, autores como Alberto REBAZA, opinaron que esta norma, lejos de haberse elaborado con la finalidad de proteger la desintegración vertical y horizontal en el sector eléctrico, ya reconocida en el previamente citado artículo 122º de la LCE, se elaboró por y con fines políticos. De este modo, este autor señaló que: “**La paranoia existente con respecto a presuntas y terribles consecuencias que pueden generar los monopolios en la economía ha ganado una nueva batalla.** Esta ha ocurrido en el campo del sector electricidad y han sido cómplices la incomodidad y el temor originados por la presencia extranjera en las empresas de generación y distribución eléctrica”²⁴² (énfasis agregado).

Como se observa, la referida ley introdujo una modalidad de intervención estatal adicional a la regulación de la industria eléctrica en el Perú que no se aplica a ninguna otra industria en el país, ni durante esos años ni en la actualidad²⁴³. Esta intervención estatal exige una autorización previa de las concentraciones que superen un porcentaje de 5% el valor total los activos productivos de la empresa adquirente o el 10% del total de las acciones o participaciones con derecho a voto de otra empresa. La autoridad competente para evaluar estos actos de concentración es la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI.

²⁴¹ Artículo 1º. Ley Antimonopolio y Antiligopolio del Sector Eléctrico.

²⁴² REBAZA, Alberto. “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*. Lima, No. 36, pp. 91-101, p. 91.

²⁴³ Aunque en la actualidad existen dos proyectos de ley, presentados en octubre de 2016 que esperan dictamen favorable de las Comisiones de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos y Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, los proyectos Nos. 00353/2016-CR y 00367/2016-CR, que proponen la evaluación previa de los actos de concentración empresarial en todas las industrias a nivel nacional. En el pasado, en el 2012, ya se ha presentado un proyecto de ley similar (00972/2011-CR), y que es además el antecedente del proyecto de ley No. 00353/2016-CR, pero que nunca obtuvo dictamen favorable de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera.

Respecto a la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, REBAZA concluyó, el mismo año en que se promulgó, que producía los efectos contrarios a un modelo de industria eléctrica que tuviera como objetivo la atracción de la inversión privada:

La Ley es, en mi opinión, innecesaria, su aplicación exitosa, improbable; y, sus consecuencias, como mensaje a los agentes económicos, contraproducentes.

Es innecesaria, porque se trata de una Ley sobre un mercado regulado, en donde las empresas eléctricas están sujetas a la autorización y supervisión de la Administración Pública.

(...)

Es contraproducente, porque no atrae, sino aleja a los inversionistas quienes pueden ser sancionados por el simple hecho de crecer.

Es doblemente contraproducente, porque –además- persuade con respecto a la inexistencia de límites en la capacidad del Estado de controlar a las empresas, ahora con la excusa de proteger el libre mercado²⁴⁴ (énfasis agregado).

Sin perjuicio de las numerosas opiniones que se tiene respecto a esta norma –que continuó analizándose años después de su entrada en vigencia²⁴⁵- lo cierto es que la industria eléctrica a partir de la entrada en vigencia de la LCE encajó en el tercer modelo de HUNT, en la que se promueve –a nivel legislativo- la libre competencia a nivel mayorista.

La LCE no sería modificada sustancialmente sino hasta el 2006, año en el que se promulgó la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, aprobado por Ley N° 28832²⁴⁶, y que tuvo como objetivo expreso “perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas”. A estas modificaciones se las conocen como las reformas de “segunda generación”.

²⁴⁴ REBAZA, Alberto, p. 101.

²⁴⁵ Para mayor información, ver: SANTIVANEZ, Roberto. “Concentración en el sector eléctrico. ¿Es posible un control previo?”. *IUS ET VERITAS*. Lima, No. 18, pp. 136-143; SALINAS, Sergio. “La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobrerregulando el mercado?”. *IUS ET VERITAS*. Lima, No. 33, pp. 151-160.

²⁴⁶ Promulgada el 23 de julio de 2006.

2.6 Las reformas de “segunda generación”: Análisis de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica

De manera análoga a la comparación que se hizo en el numeral 2.5 anterior en relación con la Ley General de la Electricidad, si la LCE implementó un régimen de libre competencia –si bien limitado- a nivel mayorista, la Ley N° 28832 consolidó la introducción de libre competencia en la industria eléctrica en el Perú, pero principalmente tuvo como finalidad corregir situaciones que en la práctica no eran solucionadas por la LCE.

En efecto, el año 2004 marcó una crisis para la industria eléctrica en el Perú, como consecuencia de una serie de factores que se manifestaron como efecto dominó²⁴⁷:

- En primer lugar, se produjo “**la mayor sequía de los últimos quince años**, por lo que las centrales térmicas, que en su gran mayoría utilizaban combustibles **muy caros** como el diesel y el residual, **comenzaron a despachar** electricidad al sistema (...)”²⁴⁸ (énfasis).
- Este fenómeno natural que generó que las centrales más caras comiencen a despachar electricidad al sistema, hizo que “el costo marginal o el llamado

²⁴⁷ Se considera pertinente la siguiente cita del Ministerio de Energía y Minas: **La fijación de las tarifas de generación, basada en estimaciones probabilísticas que contemplan períodos prolongados, matemáticamente puede ser correcta. Sin embargo, al presentarse períodos hidrológicos extremadamente secos obligó a trabajar a unidades de generación con costos muy elevados, no considerados para ese año en los cálculos basados en probabilidades. Esto generó menores ingresos que lo esperado, e incluso pérdidas, las cuales, teóricamente, podrían recuperarse en el futuro, pero afectando las proyecciones de corto plazo y, por lo tanto, las decisiones de inversión.**

*Si bien el Estado debe buscar lo óptimo, tanto para los inversionistas en el sector eléctrico como para los usuarios, el interés de cada una de las partes es diferente. Es natural, entonces, que los operadores persigan, legalmente, su mayor rentabilidad, así como es lícito que los usuarios procuren obtener el servicio al menor precio posible. Fue así que, cualquiera haya sido el razonamiento, **no hubo decisión de parte de los agentes de realizar oportunamente las inversiones necesarias en generación y en transmisión, por lo que para los años 2003 y 2004 el sistema eléctrico se encontraba con un nivel de seguridad insuficiente** (énfasis agregado). MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, p. 98.*

²⁴⁸ FLORES-ARAOZ, Rosa María. “Cambios en la regulación del mercado eléctrico: ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica”. *Foro empresarial*. Lima, No. 1. 2007, pp. 59-79, p. 61

“precio en el mercado spot”²⁴⁹ (énfasis agregado) **se incrementara considerablemente**. De este modo, en el 2004, el precio del mercado regulado (fijado por OSINERGMIN) ascendió a US\$ 32 por MWH, “mientras que **el precio spot o precio en el mercado de corto plazo** –fijado por la libre oferta y demanda, compras de energía entre generadores y a clientes libres- bordeó los US\$ 126 por MWH, es decir, **4.5 veces el precio regulado**”²⁵⁰ (énfasis agregado).

- Lo anterior coincidió con el vencimiento de “algunos contratos entre empresas generadoras y distribuidoras, lo que originó el famoso déficit de contratos en el sector eléctrico”²⁵¹.
- Entonces, **esta diferencia entre precio regulado y precio spot “provocó que los generadores no tuvieran incentivos ni para construir nuevas centrales ni para suscribir contratos** de potencia y energía destinados al abastecimiento del mercado regulado a la tarifa en barra [mercado regulado] vigente en ese momento”²⁵² (énfasis agregado). La lógica de los generadores es perfectamente comprensible: para qué suscribir contratos a un precio regulado si pueden obtenerse una ganancia 4.5 veces mayor en el mercado libre (*spot*).
- A lo anterior, se agrega un crecimiento de la demanda al 6%²⁵³.

Por todo lo anterior, a fines de ese mismo año, se promulgó la Ley N° 28447²⁵⁴, que aprobó diversas modificaciones a la LCE. Entre sus disposiciones, se considera pertinente destacar la Primera Disposición Final que aprueba la creación de una Comisión conformada por el MINEM y OSINERGMIN, con la finalidad de elaborar un proyecto de ley destinado a asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica mediante lo siguiente: “i) incorporación de mecanismos de mercado; ii) mecanismos de

249 FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 61.
250 FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 62.
251 FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 61.
252 FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 63.
253 FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 63.
254 Publicada el 30 de diciembre de 2004.

mitigación de riesgos a través de precios firmes; iii) desarrollo de nuevas inversiones de generación; iv) competencia por el mercado, y v) criterios para el tratamiento de las conexiones internacionales”.

En atención a lo anterior, esta comisión fue creada y se elaboró el proyecto de ley N° 14065/2005-CR que, luego de aprobada, devino en la Ley N° 28832²⁵⁵. De este modo, la Ley N° 28832, a través de sus objetivos, incorporó los siguientes aspectos en la industria eléctrica (las reformas de “segunda generación”):

- (i) Asegurar la suficiencia de generación eficiente: **(1)** el generador no podrá contratar con usuarios libres y distribuidores más potencia y energía firme que las que genere y las que tenga contratadas con terceros (artículo 3°); **(2)** suscripción de contratos de suministro de electricidad a largo plazo con precios firmes como resultado de licitaciones, incentivadas por la autorización de incorporar un cargo adicional que el distribuidor podrá incluir en sus precios a sus usuarios regulados, donde OSINERGMIN fija los precios máximos a ser adjudicados (artículos 4° a 10°); **(3)** promoción de proyectos hidroeléctricos y fuentes no convencionales de energía (energía renovable) (Cuarta Disposición Complementaria Final).
- (ii) Reducir la intervención administrativa para la determinación de los precios de generación: se modifica la determinación de las tarifas a usuarios regulados, desagregándose en precios a nivel generación, peajes unitarios de los sistemas de transmisión que correspondan y el valor agregado de distribución, donde el precio a nivel generación se calculará como el promedio ponderado de los contratos sin licitación y los contratos resultantes de licitaciones (artículo 29°).

²⁵⁵ Para mayor información ver el expediente virtual del proyecto. Consulta: 29 de enero de 2016. http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/TraDoc_expdig_2001.nsf/ProyectosExpDigital/13874?opendocument

- (iii) Medidas para propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación: **(1)** incorporación en el mercado de corto plazo a los distribuidores a fin de que compitan con los generadores en la contratación con usuarios libres y grandes usuarios libres (artículo 11°); **(2)** entrada de nuevos competidores a través de la promoción de proyectos hidroeléctricos y de fuentes no convencionales de energía (energía renovable) (Cuarta Disposición Complementaria Final).
- (iv) Mecanismo de compensación entre el SEIN y los sistemas aislados: se crea el mecanismo de compensación para sistemas aislados, a fin de favorecer el acceso y utilización de la energía eléctrica a los usuarios regulados en sistemas aislados, compensando una parte de la diferencia entre los precios en barra de sistemas aislados y precios en barra del SEIN (artículo 30°).
- (v) Temas adicionales – mejoras en el funcionamiento de la industria eléctrica: **(1)** ampliación de la participación de los agentes del SEIN en el gobierno del COES y creación de un subcomité de usuarios libres (artículos 12° a 19°)²⁵⁶; **(2)** introducción de un nuevo sistema integrado de transmisión (además del sistema principal y secundario, se añade el sistema garantizado y el complementario) para una mejor planificación de la inversión en infraestructura²⁵⁷(artículos 20° a 28°); **(3)** creación de un rango optativo en el cual los usuarios puedan elegir entre ser usuarios libres o regulados, pudiendo cambiar de condición con una anticipación de un año y debiendo mantenerla por un plazo de tres años (Primera Disposición Complementaria Final); **(4)** medidas para la promoción de la generación distribuida y cogeneración eficientes (Octava Disposición Complementaria Final).

Como se desprende de lo anterior, en su mayoría, estas medidas tuvieron como finalidad consolidar a la generación como una actividad de libre competencia, pues ello

²⁵⁶ LUYO, Jaime, p. 82.

²⁵⁷ FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 73.

a su vez aseguraría que existan suficientes productores en el mercado que satisfagan una demanda creciente, frente a un desfavorable escenario en los años previos de demanda insatisfecha. Sin embargo, adicionalmente a estas disposiciones, se ha considerado pertinente destacar los siguientes aspectos que también fueron introducidos por la Ley N° 28832 y que serán desarrollados oportunamente en este trabajo:

- (i) El rol de las empresas estatales en el mercado eléctrico: se precisa que las empresas estatales también deben respetar las condiciones establecidas en esta ley y su reglamento; y, a negociar y acordar los precios y condiciones comerciales que mejor se adecúen a las condiciones del mercado cuando corresponda (Sétima Disposición Complementaria Final).
- (ii) Costos marginales artificiales: se dispuso que ante interrupciones totales o parciales del suministro de gas natural, los costos marginales de corto plazo serán iguales que los registrados en el mismo día de la semana anterior a la interrupción en cuestión más un monto adicional, que cubra los costos adicionales de combustibles en que incurran las centrales que operan con costos variables superiores a los costos marginales de corto plazo de la semana anterior (Duodécima Disposición Complementaria Final). Este punto volverá a ser mencionado más adelante.

Entonces, la regulación estatal nuevamente intervino para resolver las deficiencias de la normativa anterior, lo que en la práctica demuestra que toda propuesta legislativa respecto a la industria eléctrica debe elaborarse sobre la base de un contexto determinado y atendiendo a las características técnicas y económicas inherentes al sistema. Así, por ejemplo, si bien no sería razonable exigir a la legislación que regula cualquier otra industria prever una sequía; en el caso de la industria eléctrica que, como hemos explicado en el primer capítulo, depende de fuentes naturales, debe

tenerse presente un mecanismo de prevención, pues se conoce de antemano el impacto negativo que ello podría generar en el sistema eléctrico.

Desde el 2006 (año en que entró en vigencia la Ley N° 28832) al 2016, si bien no se ha modificado el modelo estructural de la industria eléctrica, se han promulgado una serie de disposiciones normativas con el objetivo de mejorar su regulación. Así, por ejemplo, resulta pertinente señalar la creación de un Mercado de Corto Plazo, reconocido en primer lugar por la Ley N° 28832, en el cual se realizarán las transferencias de potencia y energía entre generadores, distribuidores para atender a sus usuarios libres y los grandes usuarios libres.

En la actualidad, solo los generadores participan en el mercado de corto plazo. Se intentó incorporar a los distribuidores y los grandes usuarios libres mediante Decreto Supremo N° 032-2012-EM. Sin embargo, éste nunca entró en vigencia y actualmente ha sido derogado por el Decreto Supremo N° 026-2016-EM, que aprobó el Reglamento del Mercado Mayorista de Electricidad, que comprende tanto el mercado de corto plazo como los mecanismos de asignación de Servicios Complementarios y otros pagos colaterales necesarios para la correcta operatividad del SEIN.

Este reglamento entrará en vigencia una vez se aprueben los procedimientos técnicos del COES necesarios para su implementación y con ello se espera incorporar finalmente a los distribuidores y grandes usuarios libres en el mercado de corto plazo, a fin de que estos agentes puedan comprar en este mercado sus desbalances derivados de sus obligaciones contractuales y el comportamiento real del mercado (al no ser capaces de prever sus requerimientos con tres años de anticipación) y con ello

evitar posibles distorsiones en el funcionamiento del mercado y promover el desarrollo de nuevas inversiones en generación²⁵⁸.

Otra disposición normativa que cabe mencionar es el Decreto Legislativo N° 1221, promulgado en setiembre de 2015, que aprobó una serie de modificaciones a la LCE sobre el trámite, requisitos y modificación de las concesiones temporales y definitivas para realizar actividades eléctricas, así como también “mejorar la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú”²⁵⁹.

Esta norma se promulgó como resultado de la Ley N° 30335 de julio de 2015, Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia administrativa, económica y financiera. Uno de los objetivos de esta norma fue: “**Perfeccionar la regulación** y demás aspectos de las actividades de generación, distribución eléctrica y de electrificación rural, así como dictar el marco general para la interconexión internacional de los sistemas eléctricos y el intercambio de electricidad” (énfasis agregado).

Como se desprende de los ejemplos antes mencionados, actualmente continúa existiendo un interés del Estado de mejorar la regulación de la industria eléctrica²⁶⁰.

2.7 Diagnóstico preliminar: pese a las reformas y la introducción de competencia, el Estado es regulador del sector eléctrico y a la vez mantiene actividad empresarial ¿es esto coherente?

²⁵⁸ Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 026-2016-EM, p.2.

²⁵⁹ Parte considerativa del Decreto Legislativo 1221. En abril de 2016, se promulgaría el Decreto Supremo N° 018-2016-EM, a fin de adecuar el Reglamento de la LCE a las modificaciones aprobadas por este decreto legislativo.

²⁶⁰ En esta oportunidad, únicamente se aprobó el Decreto Legislativo N° 1221 que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú, que no representa un cambio estructural de la magnitud a la que se hace referencia en el presente capítulo.

A manera de resumen de lo desarrollado hasta este punto, hace su aparición en primer lugar un Estado que tuvo en sus inicios una participación reguladora en la industria eléctrica. Con la entrada en vigencia de la Ley de la Industria Eléctrica, este rol se hace evidente. De este modo, por un lado el objetivo era promover la inversión privada en la industria eléctrica y, por otro lado, asegurar la continuidad del servicio público de electricidad.

Así, por ejemplo, las tarifas debían ser lo suficientemente atractivas para las empresas privadas, sin perder de vista el hecho de que se trata de un servicio público que debe ser accesible a toda la población. Entonces, se trata de un Estado que deja en manos del privado la realización de las actividades eléctricas, sin que ello signifique dejar de intervenir (facultad de inspección, control y sanción y actuación en caso de emergencias). Ahora bien, conviene recordar que durante esa época, existían centrales de generación de titularidad estatal. No obstante, estaban autorizados a vender estas centrales en caso lo consideraran pertinente.

Posteriormente, por las razones antes descritas, este rol regulador se transformó en uno gestor. Con la entrada en vigencia del Decreto Ley Normativo de la Electricidad, se implementó la figura del Estado intervencionista. El rol empresarial del Estado, inicialmente secundario y controlado, se convirtió en el principal y único actor en la industria eléctrica, salvo por dos excepciones (la autogeneración y la concesión en caso de que el Estado no esté en condiciones de satisfacer una determinada demanda). Se estatizan las empresas y se retira la inversión privada extranjera. Durante esta época, se trató de un Estado empresario, un rol que solo se consolidó con la Ley General de Electricidad, conforme a la cual además se crearon empresas estatales a nivel regional.

Con la LCE, la industria eléctrica peruana retorna a un esquema de libre competencia donde actúa un Estado regulador. Ese mismo año, mediante Resolución Suprema N° 289-92-PCM²⁶¹, se ratificó el acuerdo de la COPRI, según el cual se incluyó a ELECTROPERU y Electrolima S.A. (empresa estatal que prestaba el servicio de electricidad en Lima) en el proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674²⁶².

Asimismo, en línea con lo anterior, en 1993 se publicó la Resolución Suprema N° 165-93-PCM²⁶³, conforme a la cual –en virtud del ya referido artículo 122° de la LCE, se prohíbe la integración de las actividades de generación, transmisión y distribución en un mismo titular- se establece que ELECTROPERU y ELECTROLIMA en las siguientes empresas estatales de derecho privado: (i) Empresa de Generación Eléctrica de Lima S.A.; (ii) Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (EGASA); (iii) Empresa de Generación Eléctrica de Machu Picchu S.A. (EGEMSA); (iv) Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A.; (v) Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A.; (vi) Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A.; (vii) Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.; (viii) Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Sur S.A.

Como se observa, la intención del Estado en los años posteriores a la LCE, fue promover la inversión privada en las empresas eléctricas estatales. Ahora bien, como

²⁶¹ Publicada el 23 de mayo de 1992.

²⁶² Favor referirse a los siguientes artículos del Decreto Legislativo N° 674:

“Artículo 1.- Declárase de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado.

Para efectos de esta Ley, entiéndase por inversión privada aquella que proviene de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, distintas del Estado Peruano, de los organismos que integran el sector público nacional y de las Empresas del Estado” (énfasis agregado).

“Artículo 4.- (...)

Corresponde a la COPRI:

1. Establecer las empresas conformantes de la Actividad Empresarial del Estado en que se aplicará alguna de las modalidades de promoción de la inversión privada a que se refiere el artículo 2. (...)” (énfasis agregado). (Artículo 4° hoy modificado).

²⁶³ Promulgada el 11 de mayo de 1993.

fue señalado previamente, la empresa estatal es una modalidad de la intervención estatal. Es decir, una de las tantas herramientas que se encuentran a disposición del Estado regulador. Por tanto, no se considera preliminarmente que sea incoherente la participación de las empresas estatales en una industria eléctrica en la que se busque promover e introducir la competencia. Más aun cuando se trata de un servicio de especial interés para la población.

Sin embargo, esta respuesta variará según las circunstancias en las que se presente esta modalidad de intervención. De este modo, intuitivamente resulta incoherente en una industria eléctrica en la que se introduce la competencia, que participen más empresas estatales de las que son necesarias, pues lo que se persigue promover es la competencia y ello se obtiene inicialmente a través de una mayor participación de empresas privadas. En el caso particular del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política de 1993 –publicada un año después de la entrada en vigencia de la LCE- incorpora en su artículo 60° el principio de subsidiariedad, bajo el cual deberá regirse la actividad empresarial del Estado y a partir de la cual se realizará el análisis sobre la permanencia de las empresas estatales de generación eléctrica en el Perú en el tercer y cuarto capítulo que a continuación se desarrollan.

CAPÍTULO 3 – El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica

3.1 El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana

3.1.1 El tratamiento de la actividad empresarial del Estado antes de la Constitución de 1993

La Constitución de 1979²⁶⁴ se promulgó cuando todavía estaba vigente el Decreto Ley Normativo de Electricidad, que reservó para el Estado las actividades del sector eléctrico (generación, transformación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica para servicio público). En este período, el Estado realizó su actividad empresarial en este sector a través de la empresa estatal ELECTROPERU y sus empresas filiales.

En esta medida, la Constitución de 1979 reconoce textualmente, en su artículo 112º, la existencia de las empresas estatales y su coexistencia con las empresas privadas que participan en la economía:

*Artículo 112.- El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en **la coexistencia democrática de** diversas formas de propiedad y de empresa. **Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad** actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características (énfasis agregado).*

Sobre el particular, en 1990, el autor César OCHOA señaló que esta disposición constitucional consagraba el principio de igualdad jurídica, que se construye sobre la premisa de que tanto empresas privadas como empresas estatales compiten en

²⁶⁴ La lectura de la Constitución de 1979 se ha realizado utilizando como directriz los estudios del autor Baldo KRESALJA en: KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra. 2010, pp. 69 y ss.

igualdad de condiciones en la economía²⁶⁵. La aparición de este principio en la Constitución de 1979 se justificaría en la transformación del Estado liberal en Estado social de derecho, producto de la crisis de los años 30²⁶⁶, la cual, explica OCHOA, tuvo un impacto en la norma constitucional respecto de la actividad empresarial del Estado:

*En ese sentido las constituciones económicas han descartado el principio de subsidiariedad, como ha precisado Galgano, según el cual la presunción juega a favor de la iniciativa privada y sólo por excepción y cuando falta ésta se admite la iniciativa económica pública. **Este principio ha sido superado por el de igualdad jurídica entre los competidores en una economía mixta, concibiéndose ésta como el ámbito en el que pueden concurrir sin predeterminación de límites la iniciativa privada y la pública** (énfasis agregado).*

En esta línea estuvo redactado el artículo 113° de la Constitución de 1979, que estableció que: “El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”. Como se observa, la actividad empresarial del Estado plasmada en esta norma constitucional no tenía límites. El Estado peruano de 1979 era libre de actuar como empresario cuando así lo considerase necesario.

En adición a lo anterior, conviene prestar especial atención al artículo 114° de la Constitución de 1979, que dispuso que: “Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. (...)”. Dicho de otro modo, en palabras del autor Baldo KRESALJA, “el Estado podía decidir intervenir directamente en determinada actividad económica, sea mediante una empresa pública u otorgando concesiones o autorizaciones a empresas privadas para su gestión. (...). Al establecerse una reserva puede ello llevar a un proceso de expropiación o simplemente a la exclusión de la actividad privada”²⁶⁷.

²⁶⁵ OCHOA, César. “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado” En *Lecturas sobre temas constitucionales*. Número 5, pp. 73-87, p. 81

²⁶⁶ OCHOA, César, p. 80.

²⁶⁷ KRESALJA, Baldo, p. 73.

En efecto, la reserva tal y como estuvo planteada en el artículo 114° daba cabida a un sinnúmero de posibilidades, evidenciando, como concluye KRESALJA, aquella antigua preferencia que se tenía por la iniciativa estatal frente a la iniciativa privada en el mercado^{268 269}.

En 1981, se promulgó el Decreto Legislativo N° 216, que aprobó la Ley de actividad empresarial del Estado, cuyo objetivo, descrito en su parte considerativa, era “ordenar mediante un solo cuerpo legal las normas aplicables a tales empresas”, en la medida que era necesario “establecer una forma idónea para que determinadas empresas de derecho público puedan ser reorganizadas como empresas de derecho privado”.

Según el artículo 2° de esta norma: “El Estado ejerce su actividad empresarial dentro del pluralismo económico, con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo y seguridad Nacional”. Como se observa, esta norma, al igual que el artículo 112° de la Constitución de 1979, reconocía el pluralismo económico.

En línea con el artículo 114° de la Constitución de 1979, esta norma se refirió en su artículo 4° a las actividades económicas reservadas al Estado por causa de interés social o seguridad nacional declaradas por ley, respecto de las cuales el Estado participaría en exclusividad o en asociación. Adicionalmente, distinguió la actividad

²⁶⁸ KRESALJA, Baldo, p. 94.

²⁶⁹ Como resultado de estas normas constitucionales, se promulgó el 15 de junio de 1981, el Decreto Legislativo N° 216, que aprobó la ley de actividad empresarial del Estado. Esta ley dispuso que la actividad empresarial del Estado podía desarrollarse en alguna de las siguientes formas: (i) empresas de derecho público, (ii) empresas estatales de derecho privado, (iii) empresas de economía mixta; y, (iv) accionariado del Estado. Asimismo, se obligaba a las empresas estatales a cumplir con determinados requisitos de eficiencia exigidos para toda empresa. Finalmente, conviene mencionar que se dispuso la reorganización de ELECTROPERU, quedando convertida en empresa estatal de derecho privado.

Del mismo modo, en 1988, cuando todavía se encontraba vigente la Constitución de 1979, se promulgó la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada por Ley N° 24948. En esta ley, cabe resaltar que se precisan los campos en los que la actividad empresarial del Estado se desarrolla, entre los cuales se encontraba, “la exploración, extracción, transformación y comercialización de los recursos naturales estratégicos cuando se requiera de grandes inversiones o de garantizar la racional explotación o renovación de los recursos”; y, en “la provisión de servicios públicos y culturales” (artículo 4°).

empresarial del Estado en las siguientes modalidades: empresas de derecho público, empresas de derecho privado, empresas de economía mixta y accionariado del Estado, donde solo las empresas de derecho público son creadas por ley; y, si bien estableció que las empresas estatales de derecho privado se regían por la entonces Ley de Sociedades Mercantiles, detalló una serie de excepciones en su artículo 15°.

Finalmente, en su Primera Disposición General y Transitoria, esta norma dispuso la reorganización de empresas estatales como ELECTROPERU, a fin de que sean convertidas en empresas estatales de derecho privado.

El Decreto Legislativo N° 216, fue derogado por la Ley N° 24948, que aprobó una nueva ley de actividad empresarial del Estado en 1988, aprobándose su reglamento dos años después, mediante Decreto Supremo N° 027-90-MIPRE. Esta ley creó la Corporación Nacional Financiera-CONAFI como organismo rector de las empresas estatales y entidad dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas²⁷⁰.

La novedad de esta ley es que creó los conjuntos empresariales, como “personas jurídicas, de derecho público o privado, constituidos para el planeamiento, dirección, y evaluación de las empresas a nivel nacional”, cada uno de los cuales estaría “integrado por una Empresa Matriz con personería jurídica de derecho público o privado, y el correspondiente grupo de Empresas, sus filiales y subsidiarias”. Destacamos entre sus propósitos “evitar la duplicación de esfuerzos entre empresas en el desarrollo de proyectos tecnológicos y de investigación y en el desarrollo de procesos productivos y de comercialización”.

²⁷⁰ Asimismo, se creó FONAFE como “el mecanismo a través del cual se asigna los excedentes económicos generados por las empresas y Conjuntos Empresariales que conforman la Actividad Empresarial del Estado a nivel nacional y las transferencias presupuestales que haga el Estado a las empresas en las que participa. Su funcionamiento se rige por el Decreto Supremo N° 394-86-EF al que se le da categoría de Ley” (artículo 67°).

Asimismo, a diferencia de su predecesora, esta ley reguló la constitución, fusión, disolución y liquidación de las empresas estatales; la integración de sus directorios, que incluye los requisitos para ejercer un cargo en la gestión; el presupuesto; y, las empresas estatales a nivel regional y municipal.

3.1.2 La subsidiariedad empresarial del Estado en la Constitución de 1993

3.1.2.1 Justificación del principio de subsidiariedad en la Constitución de 1993

Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el nuevo rol del Estado mixto, regulador o garante²⁷¹ encuentra el equilibrio entre un Estado liberal y un Estado intervencionista²⁷². MIR PUIGPLEAT sostiene que este “equilibrio resultante se enmarca todavía dentro de la órbita del Estado social”²⁷³, en la medida que: “De algún modo, se busca aprovechar las ventajas derivadas de la libre competencia para satisfacer las finalidades del Estado social, antes perseguidas mediante la actividad prestacional de la Administración”²⁷⁴.

Este nuevo Estado es “un Estado fuerte, capaz de implantar un marco adecuado para la libre competencia, pero al mismo tiempo buscando un equilibrio social”²⁷⁵ en el que “se concede un espacio adecuado a la libertad y eficiencia individuales pero que a la vez incorpora exigencias sociales”²⁷⁶. Es así que se origina la denominada economía social de mercado que se fundamenta en “el individualismo que postula la libertad del

²⁷¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. 2004. Madrid: Civitas, p. 112.

²⁷² MORENO CASTILLO, Luis Ferney. *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: La convergencia entre libre competencia e intervención estatal*. 2012. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 38

²⁷³ MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. 2004. Madrid: Civitas, p. 113.

²⁷⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. 2004. Madrid: Civitas, pp. 113-114.

²⁷⁵ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 351.

²⁷⁶ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 352.

hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector²⁷⁷ y, al mismo tiempo, postula que “los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia, y fomenta la participación activa de los trabajadores en el mundo de la empresa (...)”²⁷⁸.

En el Perú, la actual Constitución Política acoge este nuevo rol del Estado y reconoce expresamente la economía social de mercado en su artículo 58º, cuando señala que: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “16. (...) dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, **el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos**”²⁷⁹ (énfasis agregado).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que en una economía social de mercado los particulares asumen el deber de ejercitar las libertades económicas con responsabilidad social, mientras que corresponde al Estado “ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares”^{280 281}. Según el Tribunal Constitucional, estas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución Política de Perú y cuya ejecución

²⁷⁷ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 352.

²⁷⁸ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 352.

²⁷⁹ Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Consulta: 7 de julio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

²⁸⁰ Sentencia del Expediente N° 0001-2012-PI/TC. Consulta: 19 de junio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.html>

²⁸¹ Sobre este punto, también puede revisarse el fundamento 25 de la Sentencia del Expediente N° 034-2004-PI/TC. Consulta: 7 de julio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>

debe garantizarse en una economía social de mercado son: la libertad de empresa, la libertad contractual, la libre iniciativa privada, la libre competencia, entre otras^{282 283}.

Interesa en este trabajo, desarrollar la primera de las libertades económicas señalada por el Tribunal Constitucional: la libertad de empresa. Sobre el particular, los autores Jesús ALFARO y Cándido PAZ-ARES la han calificado como un mandato de optimización²⁸⁴, en tanto “obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de actividades económicas por los particulares de la forma menos reglamentada posible, es decir, impone al Estado la obligación de maximizar la libertad de actividad de los particulares en el ámbito económico compatible con la protección de derechos e intereses constitucionales que puedan entrar en conflicto con ella”²⁸⁵.

La Constitución Política vigente reconoce textualmente la libertad de empresa, consolidando “la idea de que es la libertad de empresa la base sobre la que se construye el sistema económico”²⁸⁶. En efecto, el artículo 59° dispone que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y **la libertad de empresa**, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas” (énfasis agregado).

Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que el contenido de la libertad de empresa está constituido por otras cuatro libertades: libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, libertad de organización, libertad de competencia y libertad

²⁸² Fundamento 12. Sentencia del Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

²⁸³ GUTIERREZ, Walter. Comentarios al artículo 59ª: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo. En: La Constitución comentada: Comentarios a los artículos 58 a 73 de la Constitución Política del Perú, p. 814.

²⁸⁴ ALFARO, Jesús y Cándido PAZ-ARES. “Un ensayo sobre la libertad de empresa”. En Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Volumen 4, Thomson-Civitas, 2003, 5971-6040, p. 2.

²⁸⁵ ALFARO, Jesús y Cándido PAZ-ARES. “Un ensayo sobre la libertad de empresa”. En Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Volumen 4, Thomson-Civitas, 2003, 5971-6040, p. 3.

²⁸⁶ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 352.

para cesar las actividades o salir del mercado cuando lo considere más oportuno²⁸⁷.

Asimismo, advierte que:

53. (...) La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que **el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar**. Consecuentemente, **dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley** –siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente–, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce²⁸⁸ (énfasis agregado).

En esta medida, el Tribunal Constitucional se ha referido a la relación existente entre economía social de mercado y libertad de empresa, concluyendo lo siguiente:

12. (...) **En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista** (...).

13. En este contexto, **la libertad de empresa se erige como derecho fundamental** que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.

(...)

15. De este modo, **cuando el artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas** (libertad de fundación de una empresa), **y por tanto, para actuar en el mercado** (libertad de acceso al mercado), **sino también para establecer los propios objetivos de la empresa** (libertad de organización del empresario) **y dirigir y planificar su actividad** (libertad de dirección de la empresa) **en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado**.

16. En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa **garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa**²⁸⁹ (énfasis agregado).

²⁸⁷ Fundamento 13. Sentencia del Expediente N° 3330-2004-AA/TC. Consulta: 7 de julio de 2016. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>

²⁸⁸ Sentencia del Expediente N° 3330-2004-AA/TC. Consulta: 7 de julio de 2016. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>

²⁸⁹ Sentencia del Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

Por tanto, como afirma el autor Walter GUTIERREZ, “el sistema de libertad de empresa ha sido sancionado a favor de la iniciativa privada, no en privilegio de la actividad empresarial pública”²⁹⁰. Una activa participación de un Estado empresario suele ser incompatible con la libertad de empresa, toda vez que “la presencia del Estado en el mercado como empresario afecta inevitablemente el sistema de libre competencia, pues (...) reduce e incluso elimina las posibilidades de los particulares de hacer empresa privada”²⁹¹, teniendo en cuenta que “todo mercado es limitado, cada vez que el Estado participa en él como empresario, recorta con su presencia el derecho de los ciudadanos de concurrir empresarialmente, al disminuir su acceso al mercado, así como sus posibilidades de generar riqueza”²⁹².

Siguiendo esta línea, el autor Alberto CAIRAMPOMA sostiene que “la participación subsidiaria del Estado en la economía se consagró como un principio medular del nuevo régimen económico de Economía Social de Mercado, **constituyéndose en un límite a la acción estatal, respecto de la libertad de las personas para ejercer la libertad de empresa**”²⁹³ (énfasis agregado).

Este razonamiento es compartido por el Tribunal Constitucional, que ha establecido que “dado el carácter social del modelo económico consagrado por la Carta de 1993, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que (...) también cumple una función supervisora y correctiva o reguladora. **Sin embargo, ello no quiere decir, en modo alguno, que pueda interferir arbitraria e**

²⁹⁰ GUTIERREZ, Walter. Comentarios al artículo 59^a: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo. En: La Constitución comentada: Comentarios a los artículos 58 a 73 de la Constitución Política del Perú, p. 827.

²⁹¹ GUTIERREZ, Walter. Comentarios al artículo 59^a: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo. En: La Constitución comentada: Comentarios a los artículos 58 a 73 de la Constitución Política del Perú, p. 827.

²⁹² GUTIERREZ, Walter. Comentarios al artículo 59^a: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo. En: La Constitución comentada: Comentarios a los artículos 58 a 73 de la Constitución Política del Perú, p. 828.

²⁹³ CAIRAMPOMA, Alberto. “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”. En: *Aportes para un Estado eficiente. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra: Lima, 2012, p. 315.

injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos²⁹⁴ (énfasis agregado).

En ese sentido, continúa señalando el Tribunal Constitucional que el Estado “aparece como el garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero **sólo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales –a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención– no están en condiciones de hacerlo**”²⁹⁵ (énfasis agregado).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado por el supremo intérprete de la Constitución, coincidimos con el autor Ramón HUAPAYA respecto a que “el rol del Estado frente a la iniciativa privada es la de ejercer el control de la **adecuación de estas fuerzas del mercado al interés público**, es decir al respeto al derecho de los demás, y a los derechos colectivos”²⁹⁶ (énfasis agregado). De este modo, prevalece una lectura sistemática de la Constitución conforme a la cual se complementan el artículo 58° (“el Estado orienta el desarrollo del país”) y el artículo 60° que consagra la participación subsidiaria del Estado antes mencionada por CAIRAMPOMA.

En consecuencia, considerando los preceptos de una economía social de mercado, es entendible que se garantice expresamente la libertad de empresa²⁹⁷. No obstante, como hemos visto, no debe perderse de vista el enfoque social de este modelo. Si bien la actividad empresarial del Estado está prohibida, pues de principio obstaculiza

²⁹⁴ Fundamento 13. Sentencia del Expediente N° 1535-2006-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01535-2006-AA.html>

²⁹⁵ Fundamento 16. Sentencia del Expediente N° 1535-2006-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01535-2006-AA.html>

²⁹⁶ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución”. En *Boletín Sociedad Libre*, Número 27, 2012, Lima: Facultad de Derecho UPC, p. 693.

²⁹⁷ Para mayor desarrollo sobre la libertad de empresa, ver referencia: KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 439 y ss.

la libertad de empresa, existen mercados que no resultan atractivos para la iniciativa privada (baja rentabilidad económica), pero que son significativas para el interés general (alta rentabilidad social).

Aunque existen autores que han sostenido que el Estado podría intervenir además en otro tipo de mercados²⁹⁸, es claro que la intervención de la empresa estatal en estos casos no invade el ámbito de la libertad de empresa, que no es ejercida por la propia voluntad de los privados, y es además coherente con la función social que el Estado asume y a la cual está obligado según su nuevo rol como Estado garante. Después de todo, la libertad de empresa también es la decisión de no participar o incluso salirse del mercado.

Considerando lo expuesto, es razonable concluir que la lógica detrás de la subsidiariedad empresarial del Estado es que “si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción”²⁹⁹.

3.1.2.2 El artículo 60º de la Constitución de 1993

La situación descrita en la Constitución de 1979 cambiaría sustantivamente para la Constitución de 1993. La transformación hacia la que ahora es la norma constitucional que rige nuestro ordenamiento jurídico, estuvo marcado por la ya mencionada crisis de la deuda de los años 80 y la implementación de nuevas políticas orientadas hacia la introducción de la inversión privada en las empresas estatales y desregulación bajo el principio de la libre competencia. De este modo, si se le dio plena libertad al Estado de 1979 para que interviniera discrecionalmente en la economía, al Estado de 1993 se le asignó el rol de un actor vigilante. Como ha señalado KRESALJA, desde la

²⁹⁸ Baldo KRESALJA, César OCHOA, Augusto QUINTANA, por ejemplo.

²⁹⁹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 360.

Constitución de 1993, “las empresas públicas están sujetas a estrictos requisitos para su creación”³⁰⁰.

En esta línea, el propio KRESALJA y el autor César OCHOA señalan lo siguiente:

*Los límites a la libertad de empresa se encuentran en la facultad del Estado de reservarse para sí actividades económicas, pero también cuando la planificación es compulsiva y cuando puede ejercer monopolios regulados por la ley. Estos tres límites, que estaban incorporados en la Constitución de 1979, fueron eliminados en la Constitución vigente, lo que consolida a la idea de que **es la libertad de empresa la base sobre la que se construye el sistema económico**³⁰¹ (énfasis agregado).*

De este modo, el resultado de esta transformación se encuentra reflejado en el segundo párrafo del artículo 60º, que consagra el principio de subsidiariedad, estableciendo lo siguiente:

*“Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” (énfasis agregado).*

Al respecto, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, se ha referido a este principio en más de una oportunidad. Así, se destaca la Sentencia del 11 de noviembre de 2003, del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en la que esta entidad plantea el siguiente análisis:

*21. Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, **el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado**; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.*

³⁰⁰ KRESALJA, Baldo, p. 95.

³⁰¹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 859.

*Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, **el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo***³⁰² (énfasis agregado).

Entonces, según la interpretación del Tribunal Constitucional, el principio de subsidiariedad debe ser compatible con el interés general cuya satisfacción el Estado está obligado a garantizar y, ante la ausencia del interés de los particulares, que justifica que el Estado deba intervenir. En esta medida, esta entidad sostiene que el principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución de 1993 debe entenderse de la siguiente manera:

23. (...) Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de **la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.**

En ese orden de ideas, **las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada.** La subsidiariedad se manifiesta como **el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada** (énfasis agregado).

Nuevamente, introduciendo elementos como el "bien común", queda claro que la lectura del Tribunal Constitucional del principio de subsidiariedad del artículo 60° no se ciñe únicamente a preceptos económicos, sino que considera que un análisis de subsidiariedad debe tener en cuenta además la satisfacción del interés general. Es por ello que además esta entidad propone una interpretación sistemática con el artículo 58° de la Constitución de 1993: "24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y **en el ejercicio de su actividad económica, el Estado,** tal y conforme lo dispone el artículo 58°, **asume roles sociales** en áreas tales como el de

³⁰² Tribunal Constitucional. 11 de noviembre de 2003. Expediente N° 0008-2003-AI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (énfasis agregado).

En esta línea, en otra Sentencia del 15 de febrero de 2005, del Expediente N° 00034-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional concluye que:

28. No se trata, pues, ni de asumir **un texto constitucional** neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno **que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador** tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, **basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social.**

29. De este modo, se aprecia en el artículo 58° de la Ley Fundamental, la cláusula que establece que “(...) el Estado **orienta** el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de **promoción** de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. **Esta disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado.**

(...)

31. (...) Por su parte, el artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para **habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial**, directa e indirectamente, **cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique.**

(...)

33. De este modo, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, **no cabe duda que el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares, a fin de garantizar bienes constitucionales** que pueden ponerse en riesgo por las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción **en tanto actividad y/o protección del grupo menos favorecido**³⁰³ (énfasis agregado).

Siguiendo esta lógica, en la Sentencia del 23 de febrero de 2006, del Expediente N° 7320-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional identifica dos facetas del principio de subsidiariedad, como límite y facultad del Estado:

(...)dicho principio [subsidiariedad] **implica, de un lado, un límite a la actividad estatal**, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; **y, de otro, reconoce**

³⁰³ Tribunal Constitucional. 15 de febrero de 2005. Expediente N° 00034-2004-PI/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>

que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado³⁰⁴ (énfasis agregado).

En atención al análisis desarrollado por el Tribunal Constitucional, KRESALJA ha señalado lo siguiente:

En síntesis, puede afirmarse que nuestro Tribunal Constitucional da por sentado que-en materia económica- el Estado tiene un papel subsidiario, el que no cuestiona, pero ha tratado en su jurisprudencia de resaltar que debe intervenir en variada forma en defensa de los ciudadanos en su calidad principalmente de consumidores, recordando que se debe respetar los derechos fundamentales y hacer posible la construcción, algo lejano en su totalidad, del Estado Social y Democrático de Derecho³⁰⁵ (énfasis agregado).

En efecto, como concluye KRESALJA, si bien el Tribunal Constitucional reconoce el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, paralelamente incide en su deber constitucional de intervenir en defensa del consumidor y el usuario de servicios públicos en aras del interés general. Como señala GUTIERREZ: **“Subsidiariedad no significa que el Estado debe actuar lo menos posible o peor aun, que no deba actuar**, implica tan solo que su actuación es distinta, esta se dará no como actor o competidor de los particulares, su tarea de proteger el interés general no sustituir a los agentes en el mercado o recortarles su libertad económica³⁰⁶ (énfasis agregado). Y eso es lo que el Tribunal Constitucional ha procurado dejar claro en la jurisprudencia que ha producido sobre el particular³⁰⁷.

A nivel doctrinario, comentando el artículo 60°, el autor Ramón HUAPAYA además de coincidir con KRESALJA y OCHOA en que, en la Constitución de 1993, la actividad

³⁰⁴ Tribunal Constitucional. 23 de febrero de 2006. Expediente N° 7320-2005-PA/TC, fundamento 8. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.html>

³⁰⁵ KRESALJA, Baldo, p. 138.

³⁰⁶ GUTIERREZ, Walter (Director). “Artículo 60. Principio de subsidiariedad” En La Constitución comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2005, p. 838.

³⁰⁷ El Principio de Subsidiariedad también es analizado por el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias: (1) Expediente N° 7339-2006-PA/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.html> (2) Expediente N° 1535-2006-PA/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01535-2006-AA.html> .

empresarial privada es la regla y la actividad empresarial del Estado es la excepción³⁰⁸
³⁰⁹, sostiene que el Estado puede “crear una empresa, cumpliendo formalmente con los requisitos del artículo 60° de la Constitución, sólo cuando efectivamente no exista otra posibilidad de incentivar a la iniciativa privada para que preste el servicio o el bien. Esto es así, porque **la creación de una empresa pública es una solución de última ratio**”³¹⁰.

En ese sentido, propone que antes de intervenir a través de una empresa estatal, el Estado puede “convocar a concesiones, la realización de contratos de colaboración público-privada, o inclusive puede asumir por un tercero la construcción de una infraestructura o bien necesario para la colectividad, usando la Ley de Contrataciones del Estado, por ejemplo. De esta manera, **solamente podrá crearse una empresa pública cuando pese a todos los esfuerzos del Estado no logre atraer la inversión privada**”³¹¹ (énfasis agregado).

En esta línea, los autores BULEJE y DIEZ CANSECO han señalado que el Estado puede subsidiar indirectamente la oferta sin tener que asumir la administración de la gestión del agente ofertante, lo que equivale a “fomentar la inversión privada mediante asociaciones público-privadas por medio de las cuales, el Estado brinda los recursos al inversionista a fin de reducir las contingencias derivadas de la baja rentabilidad del negocio”³¹².

³⁰⁸ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 360.

³⁰⁹ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución”. En *Boletín Sociedad Libre*, Número 27, 2012, Lima: Facultad de Derecho UPC, pp. 692-693.

³¹⁰ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución”. En *Boletín Sociedad Libre*, Número 27, 2012, Lima: Facultad de Derecho UPC, pp. 696.

³¹¹ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución”. En *Boletín Sociedad Libre*, Número 27, 2012, Lima: Facultad de Derecho UPC, pp. 696.

³¹² BULEJE, Crosby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC!-INDECOPI” (2011). En: *Revista de Derecho Administrativo*, Número 10, p. 231.

Otra postura que conviene señalar en este aspecto, ha sido desarrollada por los autores Gonzalo RUIZ, Martha MARTINEZ y Eduardo QUINTANA que, dirigiendo la discusión hacia la denominada “subsidiariedad económica” señalan que este principio alude a **“la participación del Estado en actividades en las que por razones diversas el sector privado no participa**. Esta definición implica que la intervención subsidiaria del Estado como proveedor de bienes o prestador de servicios se debe a que **las empresas privadas no llegan a satisfacer las demandas** de determinados grupos de usuarios”³¹³ (énfasis agregado).

Considerando lo anterior, en otra oportunidad, HUAPAYA ha señalado que en el artículo 60º se consagran dos vertientes del principio de subsidiariedad:

*(...)de un lado una **garantía positiva**: entendida como el **derecho a desarrollar cualquier actividad económica, estableciéndose una suerte de reserva constitucional pro privado**; y de otro lado una **garantía negativa**: el **derecho al Estado empresario subsidiario, en el cual sólo por defecto o insuficiencia de la iniciativa privada el Estado está autorizado a intervenir en el mercado mediante la creación de empresas públicas**³¹⁴ (énfasis agregado).*

En esta línea, más recientemente, el autor Augusto QUINTANA desarrolla dos fases del principio de subsidiariedad: “la fase “negativa” o “pasiva”, la cual se traduce en un “deber de abstención” por parte del Estado” que “requiere la existencia de una norma (constitucional) de naturaleza prohibitiva, es decir, que se le imponga fehacientemente al Estado un deber de abstención o derechamente una prohibición de realizar una determinada actividad”; y, “la fase “positiva”, “activa” o “dinámica” se traduce, al

³¹³ RUIZ, Gonzalo, Martha MARTINEZ y Eduardo QUINTANA: El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia, pp. 107-125, p. 110.

³¹⁴ HUAPAYA, Ramón. El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo”. En Revista peruana de derecho público, No. 4, 2002, pp. 69-88, pp. 81-82.

contrario, en un “deber de acción”, es decir, al Estado le asiste el deber de actuar o de intervenir”³¹⁵.

Adicionalmente, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, este autor advierte, en nuestra opinión acertadamente, que: “cualquiera sea la fórmula que se adopte, **la consagración de principios en la Constitución es para favorecer el bien común, y no para disponer de trabas o impedimentos para su mejor diligenciamiento**”³¹⁶ (énfasis agregado). Esta conclusión va en la línea con lo que ha señalado el Tribunal Constitucional respecto a que “**no cabe duda que el Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares, a fin de garantizar bienes constitucionales**”³¹⁷ (énfasis agregado).

Por otro lado, el autor Alejandro FALLA precisa que incluso cuando está justificada, la actividad empresarial del Estado no debe ser permanente:

*Circunstancias tales como desastres naturales o determinadas condiciones del mercado (por ejemplo, reducido tamaño de la demanda, en relación a los costos de la provisión de los servicios), pueden hacer temporalmente inviable la participación del sector privado, justificándose en estos casos el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado. Aun en tales supuestos, **la participación del Estado no debe implicar una sustitución permanente de la actividad privada**”³¹⁸ (énfasis agregado).*

En este punto, conviene advertir que, superada esta primera etapa en la que se determina el ingreso de la actividad empresarial del Estado, ésta deberá realizarse en las mismas condiciones que las empresas privadas. Así lo advierte el autor Walter CAMACHO cuando señala que: “(...) *incluso en este caso, tal actividad debe guardar*

³¹⁵ QUINTANA, Augusto. “El principio de subsidiariedad”. En Revista de derecho público (edición especial), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 126-127.

³¹⁶ QUINTANA, Augusto. “El principio de subsidiariedad”. En Revista de derecho público (edición especial), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, p. 136.

³¹⁷ Tribunal Constitucional. 15 de febrero de 2005. Expediente N° 00034-2004-PI/TC.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>

³¹⁸ FALLA, Alejandro. “¡Zapatero a tus zapatos! De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad. En: Perú Económico 3, 2003. Consulta: 21 de junio de 2016.
http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2011/12/2003af_zapatero.pdf

armonía con el principio de igualdad de trato, lo que implica que las empresas estatales no deben gozar de ningún tipo de privilegio tributario ni de ninguna otra clase (...)³¹⁹ (énfasis agregado).

No obstante, así como en virtud del principio de igualdad de trato las empresas estatales no deben gozar de ningún privilegio en el mercado, bajo esta misma lógica, tampoco se les deberá imponer cargas adicionales. Sobre este punto, el autor Gaspar ARIÑO precisa lo siguiente:

La empresa [pública] no debía gozar de privilegios, pero tampoco de cargas: hay que liberarla de las servidumbres que a veces se le imponen en cuanto a deberes informativos, exigencias de control, limitaciones a su capacidad de actuar y, en general, de cuantas discriminaciones le impone el derecho público. La consigna era: privatizar la gestión y los sistemas de actuación, **liberarla de las ataduras del derecho administrativo y someterla en su integridad a las reglas del derecho privado** (autonomía de la voluntad, libertad para contratar, disponibilidad sobre su patrimonio, posibilidad de quebrar, etc.)³²⁰ (énfasis agregado).

Considerando lo hasta aquí señalado, el principio de subsidiariedad es una novedad introducida por la Constitución de 1993 para frenar la hasta entonces mayoritaria intervención del Estado en la economía. Si bien ya el Decreto Legislativo N° 757, promulgado en 1991, había derogado expresamente en su artículo 6° “toda reserva a favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales”, el principio de subsidiariedad establece una garantía clara a favor de la inversión privada.

De una lectura del artículo 60°, se advierte que la autorización previa por ley expresa a la actividad empresarial, sigue una lógica similar a la aplicada por la Ley N° 24948 para la creación de empresas de derecho público y el Decreto Legislativo N° 216 para

³¹⁹ GUTIERREZ, Walter (Director). “Artículo 60. Principio de subsidiariedad” En La Constitución comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2005, p. 832.

³²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar: Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa De Interés General VII. De La Empresa Pública a La Empresa con Participación Pública, pp. 143-169, p. 145.

la reserva de actividades económicas al Estado, para lo que además se exigía su justificación en causas de interés social o seguridad nacional (lo que hoy se traduce en el alto interés público o manifiesta conveniencia nacional).

A diferencia del caso peruano, ningún otro país de América Latina hace referencia expresa a nivel constitucional sobre el carácter subsidiario que debe tener la actividad empresarial del Estado. El caso que más se asemeja a la redacción del artículo 60° de la Constitución es el chileno. En efecto, el inciso 21 del artículo 19° de la Constitución chilena, que de acuerdo con OCHOA “sin duda inspiró al artículo 60° de la Constitución peruana de 1993”³²¹, dispone que:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

***El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado** (énfasis agregado).*

Como se observa, en la Constitución chilena solo se pone como requisito para que el Estado realice actividad empresarial que ésta esté autorizada por ley de quórum calificado (requisito formal), sin disponer que ésta deba tener carácter subsidiario o su habilitación obedezca a un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Al respecto, comentando el caso chileno, Augusto QUINTANA ha concluido lo siguiente:

***En suma, la Constitución asegura claramente el principio de subsidiariedad en su fase positiva, activa o dinámica, pero no hace lo mismo con el principio de subsidiariedad en su fase negativa o pasiva**. En otras palabras, el Estado está afecto a numerosos deberes de acción, sin que la Constitución haya dispuesto alguna condición*

³²¹ OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. En: Actualidad Jurídica. Número 206 (2011), p. 34.

para ejercer una determinada actividad, o que deba abstenerse de realizar alguna y menos aún la existencia de actividades prohibidas³²² (énfasis agregado).

No hay en Latinoamérica otra norma constitucional que se asemeje más al artículo 60° de la Constitución como el artículo 19° inciso 21 de la Constitución de Chile. No obstante, vale la pena mencionar el caso colombiano, en cuya Constitución dispone en su artículo 333° que la “ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. De manera similar al artículo 58° de la Constitución, el artículo 365 de la Constitución colombiana dispone que es “deber del Estado asegurar su prestación eficiente [de los servicios públicos] a todos los habitantes del territorio nacional”. En esta medida, esta norma constitucional continúa señalando que los servicios públicos:

*(...) **podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.** (...) Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante **ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara,** por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (énfasis agregado).*

Como se observa, en la Constitución colombiana se establece textualmente y sin condicionamiento alguno, que el Estado podrá prestar los servicios públicos de manera directa e incluso, por ley aprobada por mayoría de ambas cámaras del Congreso (Senado y Cámara de Representantes), el Estado podrá reservarse la prestación de los servicios públicos o actividades que califique como estratégicas. Esto último nos hace recordar el ya citado artículo 114° de la Constitución peruana de 1979.

No obstante lo anterior, conviene mencionar que en Colombia el principio de subsidiariedad está desarrollado a nivel legislativo. Como señala el ya citado autor

³²² QUINTANA, Augusto. “El principio de subsidiariedad”. En Revista de derecho público (edición especial), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, p. 130.

MORENO, conforme a la Ley N° 142, “el Estado puede intervenir creando empresas, pero solo puede hacerlo de manera subsidiaria, cuando quiera que por diferentes razones los particulares no ejerzan su derecho a la libre empresa”. Y, ubicándose este autor en el caso concreto del servicio de electricidad, señala que “en primera instancia **corresponde a los particulares la iniciativa de prestación del servicio público de energía eléctrica**, y únicamente cuando ello no sea posible, **el Estado intervendrá con el fin de garantizar la continuidad de este servicio**³²³ (énfasis agregado).

Otro ejemplo de un caso no latinoamericano que también desarrolla la actividad empresarial del Estado a nivel constitucional es el español. El artículo 128° de su constitución establece lo siguiente:

1. *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.*
2. **Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general** (énfasis agregado).

Comentando el inciso 2 del artículo 128° antes citado, el Tribunal Supremo de España ha señalado lo siguiente:

*(...) se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta: apartándose así nuestra Constitución del orden público anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente admitía la pública ante la inexistencia o la insuficiencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional*³²⁴ (énfasis agregado).

Entonces, la Constitución española no solo no reconoce expresamente el principio de subsidiariedad, sino que admite la participación estatal en la economía sin exigir que

³²³ MORENO, Luis Ferney, p. 148.

³²⁴ Fundamento citado en: LINDE PANIAGUA, Enrique. “Contencioso-administrativo”. En: Boletín de la Facultad de Derecho. Número 5, 1993/1994, p. 290.

ésta tenga que tener carácter subsidiario. No obstante ello, el Tribunal ha identificado que la creación de empresas estatales está sujeta a dos condicionamientos de fondo:

*(...) la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está **sujeta a la doble condición** de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública **sea una actividad de indudable interés público** apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública **se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia** que rigen el mercado³²⁵ (énfasis agregado).*

En atención a la experiencia comparada, consideramos que más importante que su reconocimiento a nivel constitucional o legal, es que el principio de subsidiariedad esté desarrollado expresa y claramente en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que no quepa duda alguna respecto a su aplicación en cada caso concreto. En ese sentido, el autor Juan Carlos CASSAGNE, califica la subsidiariedad como un principio, en la medida que presenta “un margen de indeterminación y abstracción”³²⁶ que lo lleva a requerir de un acto posterior que lo precise “en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto”³²⁷.

Por ello, es necesario verificar si en nuestro ordenamiento jurídico existe un desarrollo adecuado del principio de subsidiariedad, pues el artículo 60º de la Constitución no es una norma constitucional autoaplicativa. Es decir, no es una norma cuya aplicación es inmediata e incondicionada³²⁸, sino que requiere de actos concretos para su

³²⁵ Fundamento citado en: LINDE PANIAGUA, Enrique. “Contencioso-administrativo”. En: Boletín de la Facultad de Derecho. Número 5, 1993/1994, p. 294

³²⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 34.

³²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2015, p. 35.

³²⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 02615-2010-PA/TC. Fundamento 3. Consulta: 20 de agosto de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02615-2010-AA%20Resolucion.html>

aplicación³²⁹. Por el contrario, incorpora en su contenido conceptos que presentan un grado de indeterminación (interés público y manifiesta conveniencia nacional), así como también no desarrolla expresamente la manera en la que la subsidiariedad se analizará en cada caso concreto. En esta medida, debe advertirse que la falta de desarrollo de este principio podrá suponer su ineficacia o incluso su desnaturalización, aunque en una posición contraria esto último sea lo más preferible en la medida que le conceda al Estado un mayor grado de discrecionalidad.

3.2 El principio de subsidiariedad a nivel normativo

A nivel normativo, distinguimos el desarrollo del principio de subsidiariedad en dos etapas: antes y después de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1044, que calificó la infracción al artículo 60° de la Constitución como un acto de violación de normas y, en consecuencia, pasible de ser sancionado por la Comisión de Competencia Desleal de INDECOPI.

En los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigencia la Constitución de 1993, no se promulgó ninguna norma que estableciera la manera en la que el principio de subsidiariedad debía ser aplicado en la práctica. Ocho años después, en el 2001, se promulgó el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 011-2002-PCM³³⁰, que señaló a FONAFE³³¹ como la autoridad competente para cautelar que las empresas estatales bajo su ámbito se sujeten a los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 60° de la Constitución.

³²⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Fundamento 4. Consulta: 20 de agosto de 2016.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>

³³⁰ Esta norma estableció en su parte considerativa lo siguiente: “Que, es necesario modificar el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a fin de establecer criterios objetivos mediante los cuales FONAFE cautela que la Actividad Empresarial del Estado se realice de conformidad con lo establecido en el Artículo 60 de la Constitución Política del Perú, conciliando el Principio de Subsidiariedad con una eficiente utilización de la inversión pública”.

³³¹ Empresa de derecho público creada por Ley N° 27170 en 1999 para normar y dirigir la actividad empresarial del Estado

De conformidad con el artículo 2º, este decreto supremo exige una evaluación de la subsidiariedad de las empresas estatales que se constituyeron de manera previa a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993. Para ello, otorga a FONAFE las facultades para que, respecto a las empresas estatales bajo su ámbito, disponga una o más de las siguientes medidas: (i) reorganización societaria; (ii) reorientación de las actividades de la empresa; (iii) solicitar su inclusión dentro del proceso de privatización; (iv) otras medidas que considere necesarias

En esta línea, por primera vez a nivel normativo, el artículo 3º incorpora indicadores para determinar si la actividad empresarial del Estado no cumple con el artículo 60º de la Constitución. De este modo, expresamente lo prohíbe “en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente”. Y establece como presunción *iuris tantum* de la ausencia de subsidiariedad el que dos empresas privadas no vinculadas entre sí estén participando en dicho mercado.

Este era el texto original del artículo 3º, que posteriormente se modificó por Decreto Supremo N° 011-2002-PCM, incorporando dos excepciones a los indicadores antes señalados: **(i)** las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de COPRI, lo que se explica en el hecho de que son empresas en las que se promoverá el crecimiento de la inversión privada; y, **(ii)** las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente, para lo cual el Directorio “tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad”.

En este aspecto, conviene advertir que el Decreto Supremo N° 011-2002-PCM tuvo como finalidad “establecer mecanismos que garanticen la continuidad de la actividad empresarial subsidiaria del Estado, aprovechando la capacidad operativa existente y sin requerir financiamiento del Tesoro Público (...) conciliando el Principio de Subsidiariedad con una eficiente utilización de la inversión pública”³³². De este modo, se observa un interés a nivel normativo de encontrar un equilibrio entre el principio de subsidiariedad y una inversión pública existente y eficiente.

No obstante, el Decreto Supremo N° 011-2002-PCM modificó además el artículo 4°, que en su texto original estableció cuatro criterios para que FONAFE tome en cuenta para la evaluación de la subsidiariedad de las empresas estatales bajo su ámbito: (i) las condiciones de competencia en el mercado; (ii) la situación de la oferta privada en la provisión y/ o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate; (iii) la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios; y (iv) la conveniencia de optar por la provisión directa frente a otras opciones de intervención del Estado.

Con la promulgación del Decreto Supremo N° 011-2002-PCM, se suprimió el cuarto criterio y se precisó en el caso del tercer criterio, que esta condición solo se verifica “con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública”. Sobre la base de estos criterios, INDECOPI posteriormente estructuraría su metodología de verificación del carácter subsidiario de las empresas estatales.

Adicionalmente a la observación de estos criterios para la evaluación del carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, el artículo 4° dispone que FONAFE

³³² Parte considerativa del Decreto Supremo N° 011-2002-PCM.

podrá solicitar a INDECOPI y al titular del sector al que se encuentra adscrita la empresa estatal un informe sobre el particular. Esta disposición incorpora por primera vez a INDECOPI como autoridad que evalúa el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Como se desprende de esta norma, su rol era eminentemente consultivo y la opinión que se reflejara en sus informes no sería vinculante, reservándose a FONAFE la decisión final respecto a las empresas bajo su ámbito.

Finalmente, en el caso de las empresas estatales preexistentes a la promulgación de la Constitución de 1993, el artículo 6° dispuso que éstas tenían hasta el 31 de diciembre de 2001 para regularizar su situación. Este plazo fue postergado en dos oportunidades. La última postergación fue al 30 de junio de 2003. En la parte considerativa del decreto supremo que la aprobó³³³, se evidencia con mayor claridad que el motivo por el cual FONAFE realizaba el análisis de las empresas estatales preexistentes a la Constitución de 1993 era para determinar “las actividades no subsidiarias que son requeridas para el desarrollo económicamente independiente de las empresas del Estado”³³⁴. Es decir, aquellas actividades que pese a no calificar como subsidiarias, son necesarias para que las empresas estatales sean económicamente independientes en aquellas actividades (o mercados) donde sí cumplen una función subsidiaria.

Sobre el particular, Luis DIEZ CANSECO y Crosby BULEJE señalan que los procedimientos establecidos por el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM para que FONAFE delimite y autorice actividades empresariales subsidiarias “no se tradujeron en medidas efectivas y concretas”³³⁵. Así, entre los años 1998 y 2002, pese a que el

³³³ Decreto Supremo N° 141-2002-PCM.

³³⁴ Asimismo, debe tomarse en cuenta la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución que establece que: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

³³⁵ BULEJE, Crosby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI” En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, 2011, pp. 221-235, nota a pie de página 1.

artículo 60° de la Constitución se encontraba vigente desde 1993 y el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM desde el 2001, empresas privadas presentaron denuncias ante INDECOPI contra entidades públicas que realizaban actividad empresarial:

Empresa denunciante	Entidad pública denunciada	Fecha	Objeto de la denuncia	Contestación a la denuncia
Asociación de Industriales Gráficos del Perú	Imprenta del Ejército del Perú	Abril de 1998	Se argumentó que la denunciada prestaba servicios en competencia desleal con la industria gráfica privada.	La Comisión de Competencia Desleal informó mediante cartas que no era competente para analizar la legalidad de dicha actividad.
Aero Servicios S.A.	Grupo Aéreo N° 7 "Coronel FAP Agustín Chávez Ferro"	Noviembre de 1999	Se argumentó que la venta de combustible constituía un acto de competencia desleal.	La Comisión de Competencia Desleal declaró improcedente la denuncia, pues lo que se cuestionaba era la legalidad misma de la actividad.
Comité de Industrias Gráficas de la Sociedad Nacional de Industrias	Imprenta del Ejército del Perú	Setiembre de 2000	Se argumentó que la demandada prestaba servicios en competencia desleal con la industria gráfica privada.	La Comisión de Competencia Desleal informó que, al no existir procedimiento en trámite, no podía pronunciarse sobre la legalidad de la actividad denunciada.
Transporte Acuático Mayco S.R.L. Transportes Amazónicos de Turismo S.A. – TRANSUR Expreso Turístico Loreto S.R.L.	Grupo Aéreo N° 42 de la Fuerza Aérea del Perú	Setiembre de 2001	Se argumentó que la Fuerza Aérea realizaba vuelos comerciales en competencia desleal con la actividad privada.	El Gerente General de la institución explicó: (i) cómo el D.S. 113-2001-PCM mediatizó los efectos del D.S. 088-2001-PCM, (ii) que el INDECOPI no está facultado para controlar o fiscalizar la subsidiariedad de la actividad denunciada y (iii) qué otros mecanismos de defensa podrían defender los intereses legítimos de los denunciantes.
Surpamar	Oficia Naviera	Abril de	Se argumentó que la	La Secretaría Técnica

S.A.C.	Comercial (ONC) de la Marina de Guerra del Perú	2002	ONC viene realizando actividad empresarial transgrediendo lo establecido en los Decretos Supremos N° 034-2001-PCM y 011-2002-PCM.	de la Comisión de Libre Competencia señaló que los Decretos Supremos no eran aplicables. Sin embargo, respecto de la actividad de la ONC, manifestó que no existe un mecanismo de control de la subsidiariedad de dicha actividad.
--------	---	------	---	--

Fuente: Proyecto de ley N° 05724.
Elaboración: Propia.

Como se observa, INDECOPI manifestó en respuesta a la mayoría de estas denuncias su falta de competencia, lo que evidencia el rol consultivo que le fue asignado por el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM. Como resultado de lo anterior, en el año 2003, se presentaron en el Congreso proyectos de ley que tenían por finalidad el desarrollo legal del artículo 60° de la Constitución.

De este modo, en el proyecto de ley N° 057 presentado en febrero de 2003, se afirmó textualmente que “no existe una ley de desarrollo constitucional del artículo 60° de la Constitución”, dado que hasta la fecha “únicamente se ha dictado normativa de rango reglamentario”³³⁶. Por ello, concluyó que era necesaria la promulgación de una ley que

³³⁶ Además del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y su modificatoria, aprobada por Decreto Supremo N° 011-2002-PCM, en este proyecto de ley se citan las siguientes normas que regularon situaciones específicas relacionadas con la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado:

- Decreto Supremo N° 013-2001-PCM (derogado), que aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Prohibió la participación de una entidad como postor en los procesos de selección en los que la oferta de las empresas privadas resulte suficiente para satisfacer la demanda existente en condiciones de competencia, presumiendo esta condición en aquellos procesos en los que se haya recibido al menos dos propuestas válidas de empresas privadas.
- Decreto Supremo N° 088-2001-PCM. Estableció procedimientos a través de los cuales se delimita y autoriza de manera específica el desarrollo de actividades comerciales que, autorizadas por ley expresa y con carácter subsidiario, pueden realizar las entidades del sector público.
- Decreto Supremo N° 113-2001-PCM (derogado). Autorizan a la FAP continuar operaciones aéreas en apoyo del desarrollo económico y social del país.
- Ley N° 27261. Ley de Aeronáutica Civil. Dispuso que el Estado sólo podrá realizar, subsidiariamente, actividades de aviación comercial por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, previa autorización y en las condiciones establecidas mediante ley expresa.
- Decreto Supremo N° 030-2002-PCM. Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado. Con una redacción similar al Decreto Supremo N° 034-2001-PCM establece un procedimiento que deberá seguir la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros para solicitar a INDECOPI un informe para evaluar el carácter subsidiario de

designara “la autoridad que se encargará de supervisar que la actividad empresarial del Estado cumpla con los requisitos exigidos en el texto constitucional y [establezca] los parámetros y procedimientos a seguir por dicha autoridad en el ejercicio de sus labores de control”³³⁷.

Adicionalmente, en este proyecto de ley, se advirtieron deficiencias al Decreto Supremo N° 034-2001-PCM. En primer lugar, consideró que las excepciones al cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 60° de la Constitución, descritas previamente y que fueron incorporadas por el Decreto Supremo N° 011-2002-PCM, significaron un retroceso que debilitó “el grado de control sobre la actividad empresarial del Estado”³³⁸. En segundo lugar, señaló que no proporcionaba “un tratamiento uniforme sobre la actividad empresarial del Estado, así como tampoco existe una autoridad que centralice la responsabilidad de dicho control”³³⁹. De este modo, esta norma reglamentaria solo estaba referida a las empresas estatales bajo el ámbito de FONAFE y no así respecto a las entidades públicas que realizaban actividad empresarial³⁴⁰.

las instituciones y entidades de la Administración Pública Central que presten servicios a cambio de una contraprestación.

³³⁷ Proyecto de ley N° 05724. Presentación: 25 de febrero de 2003. Primera Legislatura Ordinaria 2002. Autor: Jacques Rodrich Ackerman. Partido: Perú Posible. Análisis costo beneficio, numeral 1. Consulta: 21 de agosto de 2016.

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/777A499E5995BDF505256D25005C8EF6?opendocument>

³³⁸ Proyecto de ley N° 05724. Presentación: 25 de febrero de 2003. Primera Legislatura Ordinaria 2002. Autor: Jacques Rodrich Ackerman. Partido: Perú Posible. Análisis costo beneficio, numeral 2.

³³⁹ Proyecto de ley N° 05724. Presentación: 25 de febrero de 2003. Primera Legislatura Ordinaria 2002. Autor: Jacques Rodrich Ackerman. Partido: Perú Posible. Análisis costo beneficio, numeral 6.

³⁴⁰ “6. (...)El Decreto Supremo 034-2001-PCM sólo abarca a las empresas bajo el ámbito del FONAFE. El Decreto Supremo 088-2001-PCM comprende a las Entidades del Sector Público, salvo las empresas del FONAFE y los gobiernos locales y sus empresas. El Decreto Supremo 030-2002-PCM se aplica únicamente al Poder Ejecutivo. Entre los dos últimos decretos supremos existe superposición normativa, pues hay entidades que son parte del sector público y a la vez forman parte del Poder Ejecutivo. Adicionalmente, a pesar de existir tres disposiciones velando por la actividad empresarial del Estado, existen vacíos que no son contemplados por ninguna de ellas. Es el caso de las municipalidades y sus empresas. No existe norma legal o reglamentaria alguna que regule el control de la actividad empresarial de los gobiernos locales. Mucho menos por cierto en lo relativo a los gobiernos regionales y sus empresas El literal j) del artículo 15 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, establece como una de las atribuciones de los Consejos Regionales la creación de empresas”. Proyecto de ley N° 05724. Presentación: 25 de febrero de 2003. Primera Legislatura Ordinaria 2002. Autor: Jacques Rodrich Ackerman. Partido: Perú Posible. Análisis costo beneficio, numeral 6.

En esta medida, este proyecto de ley propuso la promulgación de una ley que desarrollara el artículo 60° de la Constitución que estableciera un procedimiento que inicia de oficio o de parte ante INDECOPI, autoridad administrativa encargada de evaluar el sustento legal y económico de la denuncia, para posteriormente presentar la demanda correspondiente ante el Poder Judicial, autoridad que finalmente resolviera respecto al carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado. En caso de que la demanda sea declarada fundada, el Poder Judicial ordenaría el cese de esta actividad³⁴¹.

Este proyecto de ley no fue aprobado por el Congreso. De manera similar, un mes anterior se había presentado el proyecto de ley N° 05284 que propuso promulgar una ley de reforma constitucional que incorporara al artículo 60° de la Constitución un párrafo que estableciera que: “Un órgano especializado con facultades suficientes reconocidas en la ley se encarga de controlar y declarar la ineficacia de toda actividad económica desarrollada por el Estado que exceda esta limitación”. Sin embargo, este proyecto de ley tuvo la misma suerte y tampoco fue aprobado por el Congreso³⁴².

En junio de 2008, se promulgaron dos normas de especial importancia. En primer lugar, el Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado. De acuerdo con el artículo 3° de esta norma, ésta “se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en

³⁴¹ Proyecto de ley N° 05724. Presentación: 25 de febrero de 2003. Primera Legislatura Ordinaria 2002. Autor: Jacques Rodrich Ackerman. Partido: Perú Posible. Texto del proyecto.

³⁴² Conviene señalar que en el año 2005, se presentó el proyecto de ley N° 13360/2004-CR, que propuso eliminar el requisito de ley expresa del artículo 60° de la Constitución en atención a la necesidad de los gobiernos locales de realizar actividad empresarial. De este modo, el segundo párrafo del artículo 60° tendría el siguiente texto: “El Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Este proyecto, evidentemente, tampoco fue aprobado por el Congreso.

cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada”³⁴³.

Una vez más, la justificación de esta norma, en su exposición de motivos, cita la desafortunada experiencia de las empresas del Estado en la década de los noventa. No obstante, señala que éstas “han pasado a ser un número mucho menor y más eficientes, sobre todo porque ya no cuentan con subsidios del fisco y están sometidas a las reglas del mercado y la competencia, al igual que las empresas privadas”. En ese sentido, este cambio normativo se motivó en que “la actual regulación requiere de modificaciones que permitan que la competitividad de las empresas públicas y la eficiencia de sus inversiones sean mayores”³⁴⁴. No hace; sin embargo, una evaluación de la subsidiariedad de las empresas estatales que a dicha fecha se encontraban operando.

En segundo lugar, la promulgación del Decreto Legislativo N° 1044, que aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal, marcó un cambio significativo en la aplicación del principio de subsidiariedad. Esta ley calificó como acto de violación de normas, la actividad empresarial del Estado que se desarrollara con infracción al artículo 60° de la Constitución. De este modo, INDECOPI pasó de ser “la entidad encargada de velar por la eliminación de aquellas prácticas que distorsionan la leal y honesta competencia en el mercado en perjuicio de los consumidores”³⁴⁵, a ser la entidad competente para fiscalizar, y eventualmente sancionar, el incumplimiento de empresas estatales al principio de subsidiariedad.

En ese sentido, la exposición de motivos de esta norma señala lo siguiente:

³⁴³ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1031, p. 1. Consulta: 16 de agosto de 2016. http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1031.pdf

³⁴⁴ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1031, p. 2.

³⁴⁵ Así lo establece la parte considerativa del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM.

(...) el Decreto Legislativo [1044] introduce una muy importante innovación estableciendo, **por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, una norma legal de desarrollo constitucional sobre el artículo 60 de la Constitución Política del Perú**, los mismos que tienen una relación de complementariedad con el artículo 60 de nuestra Carta Magna. Dicha relación complementaria radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto.

Al respecto, cabe señalar que la actividad empresarial del Estado que no se ajuste a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, **estará afectando indebidamente los derechos constitucionales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, situación que busca evitar el Decreto Legislativo considerando dicha situación como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas**³⁴⁶ (énfasis agregado).

En esta exposición de motivos, se califica el Decreto Legislativo N° 1044 como una norma legal de desarrollo constitucional del artículo 60° de la Constitución³⁴⁷. Como se observa, esta norma se promulgó como resultado de la necesidad de designar una autoridad fiscalizadora y sancionadora de las empresas o entidades estatales que no cumplieran con lo dispuesto en el artículo 60° pese a realizar actividad empresarial.

En ese sentido, el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, que considera el incumplimiento del artículo 60° de la Constitución como un acto de competencia desleal, establece lo siguiente:

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura

³⁴⁶ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1044, p. 21

³⁴⁷ Entendemos que esta calificación no alude a la denominada “ley de desarrollo constitucional” referida en la Octava Disposición Final y Transitoria, en la medida que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Expediente N° 0005-2003-AI, advirtió que “la calificación e ley de desarrollo constitucional se ha reservado para aquellas leyes que tengan el propósito de regular **materias sobre las cuales la Constitución ha determinado que sea el legislador** –“orgánico”, en algunos casos, y “ordinario”, en otros- **quien defina**, dentro de los límites que ella señala, su régimen jurídico”.

un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, **no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial** (énfasis agregado).

De este modo, no se la califica solamente como un acto de violación de normas, sino que además se establece que, a efectos de su verificación en un caso concreto, no se requerirá a INDECOPI, como autoridad sancionadora, acreditar que la entidad pública que realice actividad empresarial o empresa estatal, que opera en contravención al artículo 60° de la Constitución, ostente una ventaja significativa respecto de sus competidores, como sí se exige en el caso de otros supuestos de violación de normas.

Perú es el único país, por lo menos en Latinoamérica, en el que se ha designado a un organismo técnico, como INDECOPI, como autoridad competente para fiscalizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. Así, en el caso chileno, la Ley N° 18.971 consagra en su artículo único lo que en Chile se denomina “el amparo económico”³⁴⁸: “Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19°, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile. (...) sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, **ante la Corte de Apelaciones respectiva**, la que conocerá de ella en primera instancia” (énfasis agregado).

Como se recordará, la norma constitucional dispone en el inciso 21 de su artículo 19° que el Estado podrá desarrollar actividad empresarial solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En ese sentido, con la Ley N° 18.971 se establece el mecanismo para fiscalizar su cumplimiento y, a diferencia del caso peruano, la autoridad competente que conocerá la denuncia es el Poder Judicial (Corte de Apelaciones respectiva en primera instancia). Otra diferencia visible es que en el caso

³⁴⁸ ALVEAR TELLEZ, Julio. “La jurisprudencia del amparo económico. Los tres grandes déficits de la última década”. En: Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 11, No. 2013, pp. 167-220. Consulta: 28 de marzo de 2017. <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art06.pdf>

chileno, solo se ha previsto la denuncia a iniciativa de parte, lo que en el caso de INDECOPI también podrá ser de oficio.

Teniendo en cuenta lo anterior, en opinión de KRESALJA y OCHOA: “Parecería entonces que los Decretos Legislativos N°s 1031 y 1044 persiguen no solo delimitar la actuación de empresas estatales, sino desaparecerlas o hacer muy difícil su permanencia en el mercado”³⁴⁹. En ese sentido, estos autores advierten que: “Más bien, podría pensarse que lo que se persigue, frente a un requerimiento público de cualquier empresa privada –sea nacional o extranjera-, es alentar la desactivación de la empresa estatal para dar lugar a su posterior privatización”^{350 351}.

Con los parámetros establecidos en el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y la promulgación del Decreto Legislativo N° 1044 en el 2008, el desarrollo del artículo 60° de la Constitución a nivel normativo se detiene, propiciando su desarrollo a nivel administrativo, en tanto será INDECOPI la entidad facultada para sancionar y, por tanto, evaluar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en cada caso concreto. Por ello, ahora corresponde evaluar la jurisprudencia y, en general, el análisis desarrollado por INDECOPI sobre el particular.

3.3 El principio de subsidiariedad a nivel administrativo

3.3.1 La aplicación del principio de subsidiariedad antes del Decreto Legislativo N° 1044

³⁴⁹ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho constitucional económico. Fondo Editorial PUCP: Lima. Primera edición: 2009, p. 363.

³⁵⁰ KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho constitucional económico. Fondo Editorial PUCP: Lima. Primera edición: 2009, p. 363-364.

³⁵¹ Conviene señalar que en el 2010, se presentó un Proyecto de Ley N° 4443/2010-CR, que propuso derogar el Decreto Legislativo N° 1031, en tanto desnaturaliza el rol subsidiario del Estado en la economía, que debe actuar “donde no llega la mano privada” para “cubrir las carencias sociales de los sectores no atendidos”. Consulta: 30 de agosto de 2016.
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/94affacac62bd18052577d600002f1f/\\$FILE/04443.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/94affacac62bd18052577d600002f1f/$FILE/04443.pdf)

Conforme lo establece el artículo 4° del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, mediante Oficio N° 1078-2001/DE-FONAFE, FONAFE solicitó a INDECOPI la elaboración de informes para treinta y seis empresas estatales bajo su ámbito³⁵².

Este número se redujo posteriormente a solicitud de INDECOPI³⁵³ y, en total, emitió trece informes que evaluaron la subsidiariedad de las siguientes empresas estatales:

(i) Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST)³⁵⁴; (ii) Transportes Aéreos Nacionales de Selva S.A (TANS)³⁵⁵; (iii) Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (EDITORIA PERÚ)³⁵⁶; (iv) Servicios Industriales de la Marina S.A. (SIMA PERU)³⁵⁷; (v) Servicios Industriales de la Marina Iquitos S.R.L. (SIMA IQUITOS)³⁵⁸; (vi) Inmobiliaria Milenia S.A. (INMISA)³⁵⁹; (vii) ADINELSA³⁶⁰³⁶¹; (viii) Empresa Nacional de la Coca S.A. (ENACO)³⁶²; (ix) Perupetro S.A.³⁶³; (x) Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE)³⁶⁴; (xi) Empresa Negociaciones Mobiliarias e Inmobiliarias S.A.

³⁵² Entre estas empresas, las siguientes 16 pertenecían al sector eléctrico: (i) Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (ADINELSA); (ii) Empresa de Generación Eléctrica del Centro S.A. (EGECEN); (iii) Electroandes S.A.; (iv) Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (EGASA); (v) Empresa de Generación Eléctrica Machu Picchu S.A. (EGEMSA); (vi) Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. (EGESUR); (vii) Electro Oriente S.A.; (viii) Electro Perú S.A.; (ix) Electro Puno S.A.; (x) Electro Sur Este S.A.; (xi) Electro Ucayali S.A.; (xii) Electro Sur S.A.; (xiii) Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (ETECEN); (xiv) Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A. (ETESUR); (xv) Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A.; y, (xvi) Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (SEAL).

³⁵³ Mediante Carta N° 233-2001/PRE-INDECOPI, esta entidad solicitó a FONAFE precisar las empresas estatales cuya actividad consideraba prioritaria ser analizada. En respuesta, mediante Oficio N° 1214-2001/DE-FONAFE, esta entidad comunicó a INDECOPI “que consideraba prioritaria la delimitación del alcance de la actividad empresarial” de 5 empresas, entre las que no se encontraba ninguna del sector eléctrico.

³⁵⁴ Informe N° 037-2001/GEE del 17 de agosto de 2001.

³⁵⁵ Informe N° 038-2001/GEE del 17 de agosto de 2001.

³⁵⁶ Informe N° 039-2001/GEE del 20 de agosto de 2001.

³⁵⁷ Informe N° 040-2001/GEE del 20 de agosto de 2001.

³⁵⁸ Informe N° 041-2001/GEE del 20 de agosto de 2001.

³⁵⁹ Informe N° 042-2001/GEE del 19 de setiembre de 2001.

³⁶⁰ Informe N° 005-2002/GEE del 7 de enero de 2002.

³⁶¹ Como se observa, entre estas empresas solo ADINELSA pertenece al sector eléctrico. Pese a encontrarse en la lista inicial de las 36 empresas estatales enviada por FONAFE, INDECOPI no emitió informe por ninguna de las empresas estatales del sector eléctrico restantes. Esto resulta inconveniente, pues el aparente motivo para no hacerlo se explicaría en que estas empresas, juntos con aquellas respecto de los cuales INDECOPI tampoco emitió un informe, se encontraban en proceso de privatización, lo que se desprende del gráfico que se muestra en la parte introductoria de todos los 13 informes que fueron emitidos por INDECOPI.

³⁶² Informe N° 010-2002/GEE del 30 de enero de 2002.

³⁶³ Informe N° 023-2002/GEE del 4 de marzo de 2002.

³⁶⁴ Informe N° 024-2002/GEE del 6 de marzo de 2002.

(CONEMINSA)³⁶⁵; (xii) Banco de la Nación S.A.³⁶⁶; y, (xiii) Banco de Materiales S.A.C.³⁶⁷.

En primer lugar, conviene mencionar que INDECOPI advirtió que el artículo 60° de la Constitución “no constituye una disposición autoaplicable y considerando la existencia de diversas formas de actividad empresarial del Estado pre-existentes a la Constitución de 1993, se requería de una norma que definiera la entidad competente para fiscalizar que la actividad empresarial del Estado cumpla los requisitos establecidos constitucionalmente y precisara el procedimiento de control respectivo”³⁶⁸. En opinión de INDECOPI, esto último se habría conseguido con el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM.

En segundo lugar, sobre la base de los criterios establecidos en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, INDECOPI desarrolló una metodología consistente en un proceso de revisión de la actividad empresarial del Estado. Esta metodología se subdividía en niveles de análisis o filtros. El primero de estos filtros era identificar la actividad que no fuera empresarial y que, en consecuencia, no estuviera sujeta al artículo 60° de la Constitución. Para ello, INDECOPI definió las actividades no empresariales como aquellas: **(i)** que eran realizadas por el Estado en ejercicio de potestades públicas (*ius imperium*) o administrativas; y, **(ii)** que transferían a particulares la administración de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos o que los habilitan a explotar recursos naturales³⁶⁹. En otras palabras, INDECOPI utilizó una definición por descarte.

³⁶⁵ Informe N° 040-2002/GEE del 19 de abril de 2002.

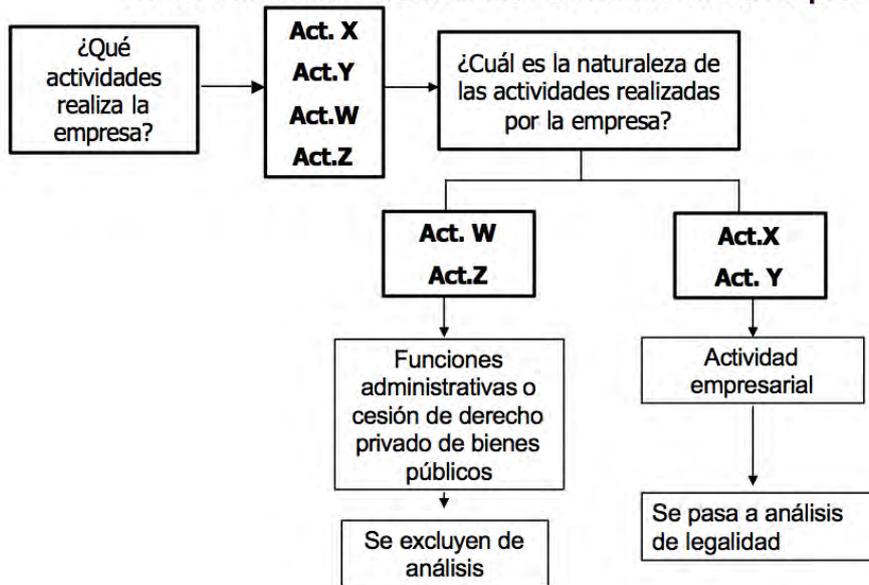
³⁶⁶ Informe N° 045-2002/GEE del 18 de junio de 2002.

³⁶⁷ Informe N° 106-2002/GEE del 10 de enero de 2003.

³⁶⁸ Salvo por el análisis en cada caso concreto, los informes presentan la misma parte introductoria. Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 51.

³⁶⁹ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 62 y 63.

Primer Paso: Naturaleza de las Actividades de la Empresa

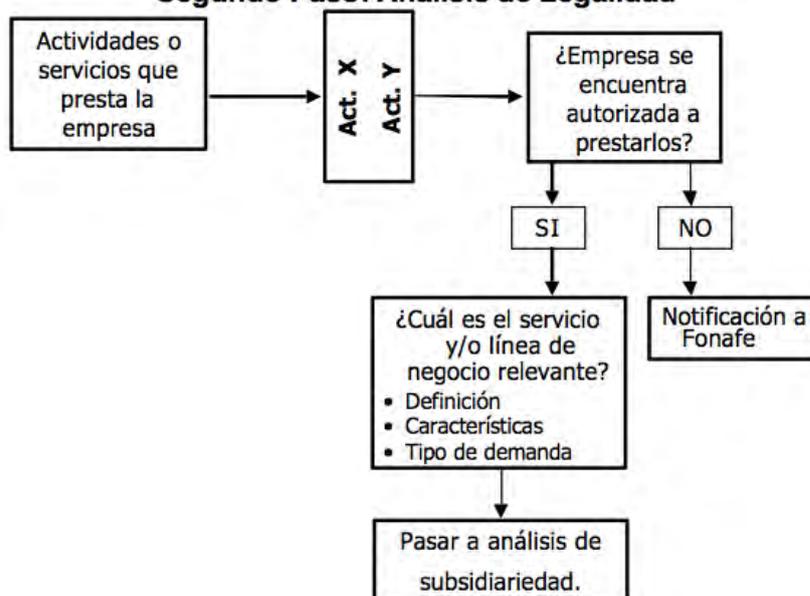


Fuente y elaboración: INDECOPI, Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 63.

Como segundo, tercer y cuarto filtro, INDECOPI identificó los siguientes tres requisitos concurrentes y obligatorios³⁷⁰:

- (i) Segundo filtro: La habilitación por ley expresa, que supone una ley promulgada por el Congreso de la República (requisito formal).

Segundo Paso: Análisis de Legalidad



³⁷⁰ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 38.

- (ii) Tercer filtro: El carácter subsidiario. INDECOPI consideró que éste era equivalente a las condiciones de competencia en el mercado y la situación de la oferta privada en la provisión de bienes o la prestación de servicios³⁷¹. En este punto, INDECOPI concluyó que “en aquellos casos, en los que no se evidencia la ausencia de rol subsidiario, ello no implicará que la actividad que presta la empresa pública no pueda ser realizada por una o más empresas privadas bajo similares condiciones”³⁷².

Para identificar si la empresa estatal cumplía con tener carácter subsidiario, INDECOPI desarrolló una serie de criterios que en conjunto debían ser aplicados en cada caso concreto: **(i)** prohibición automática ante oferta privada suficiente, presunción establecida por el artículo 3° del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM³⁷³, es decir cuando operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí; **(ii)** escenarios para la evaluación del carácter subsidiario, sobre la base de la presunción antes mencionada, que determinarán el análisis en cada caso:

Escenario 1	Empresa estatal	Ninguna empresa privada	Su presencia podría considerarse un factor que ha obstaculizado o impedido la entrada de empresas privadas ³⁷⁴ .
Escenario 2	Empresa estatal	Una empresa privada	

³⁷¹ Esto ha sido advertido además por Gonzalo Ruiz, Martha Martínez y Eduardo Quintana. “El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia” En: Boletín Latinoamericano de Competencia, 22. 2006, pp.106-125, p. 114.

³⁷² Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 89.

³⁷³ “Artículo 3.- *Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí (...)*” (énfasis agregado).

³⁷⁴ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 89.

Escenario 3	Empresa estatal	Dos empresa privadas (no vinculadas)	Presunción de oferta privada suficiente
Escenario 4	Empresa estatal	Tres o más empresas privadas (no vinculadas)	

Elaborado sobre la base del cuadro en el Numeral 84 del Informe N° 005-2002/GEE.

En cada escenario, se analizarían primero las condiciones de competencia, lo que implica delimitar el producto o servicio analizando, para luego evaluar las características y situación actual del mercado (el tamaño y evolución de la demanda, dinamismo del proceso de entrada y salida de competidores en el mercado, características específicas de la demanda); y, la existencia de barreras de entrada y salida a éste³⁷⁵.

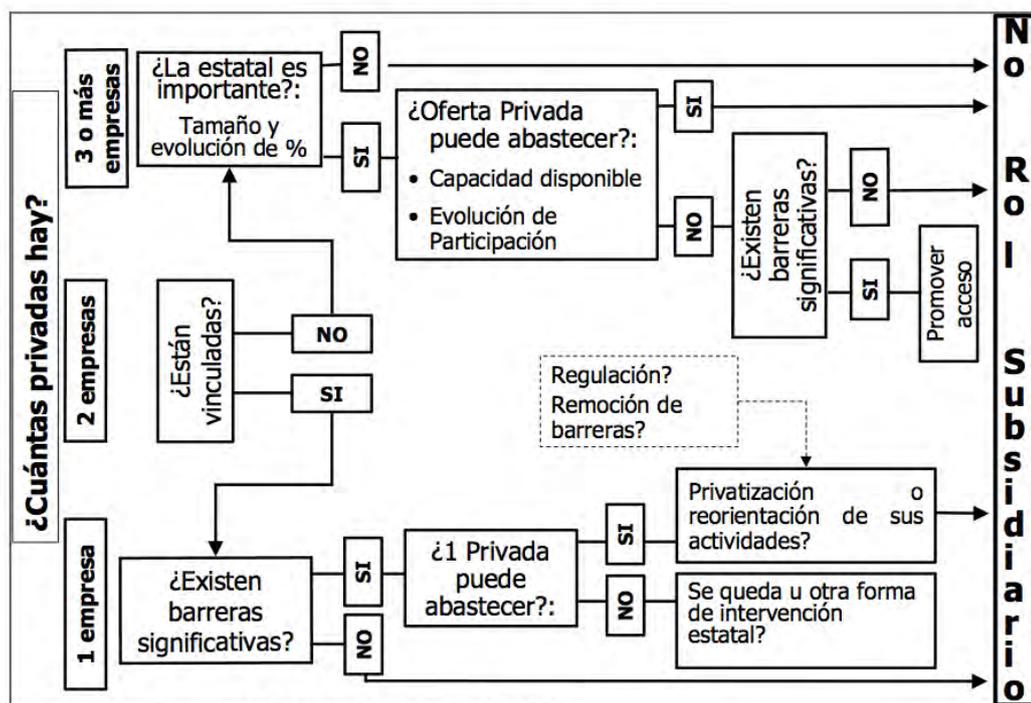
Luego, se analizaría la situación de la oferta privada utilizando dos métodos alternativos de comparación: **(i)** comparación de la oferta actual de las empresas privadas con la demanda total del mercado; y, **(ii)** evaluación de si las empresas privadas se encuentran en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda de la empresa estatal, en caso que esta última fuera retirada del mercado³⁷⁶.

El análisis de subsidiariedad, que es la parte central de los informes de INDECOPI pues ésta era su función principal de acuerdo con el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, puede resumirse en el siguiente gráfico:

³⁷⁵ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 90-130.

³⁷⁶ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 131-134.

Análisis de subsidiariedad Escenarios 2, 3 y 4



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos-INDECOPI

Fuente y elaboración: INDECOPI, Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 147.

- (iii) Cuarto filtro: Pese a que no lo califica como un filtro, INDECOPI menciona que el objetivo de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es uno de los requisitos establecidos en el artículo 60° de la Constitución. No es un filtro en esta metodología pues, de acuerdo con INDECOPI, pronunciarse sobre este punto excedería el ámbito de sus facultades, ya que incluye “un estudio de **variables adicionales a las que se relacionan con las condiciones de competencia, como por ejemplo cuestiones geopolíticas, de asistencia social, entre otras; las cuales implican en general la definición de prioridades nacionales**”³⁷⁷ (énfasis agregado).

Del mismo modo, INDECOPI señala que no se pronunciará sobre el impacto que tenga su decisión respecto a la actividad empresarial del Estado. Ello incluye,

³⁷⁷ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 72.

por ejemplo, “los posibles efectos que pudiera tener esa decisión en las opciones con que actualmente cuentan los clientes o usuarios de la empresa estatal”, afectación que “**deberá ser evaluada en términos del interés público**, dentro del marco de lo establecido por el Decreto Supremo 034-2001-PCM”³⁷⁸ (énfasis agregado).

Como conclusión de los resultados plasmados en estos informes, RUIZ, MARTINEZ y QUINTANA advierten que en los trece informes emitidos por INDECOPI se analizaron ciento quince actividades económicas desarrolladas por empresas estatales. Entre estas actividades, en noventa y un casos INDECOPI consideró que se encontraban autorizadas por ley expresa y de estas últimas en cuarenta y un casos se concluyó fehacientemente que la actividad empresarial no cumplía con el requisito de subsidiariedad. Por tanto, estos autores concluyen que 40% de las actividades empresariales realizadas por las empresas estatales analizadas, no tenían carácter subsidiario³⁷⁹.

Por otro lado, advierten que, si bien estos informes fueron remitidos a FONAFE, no se informó a la opinión pública sobre las acciones adoptadas. En esta línea, autores como Carolina AUGURTO y Omar ALVARADO han señalado que, en la medida que estos informes “no eran vinculantes y era la propia FONAFE la autoridad encargada de supervisar a sus empresas, no existía incentivo alguno para ajustarse a los cambios propuestos”³⁸⁰.

³⁷⁸ Informe N° 005-2002/GEE, Numeral 73.

³⁷⁹ Gonzalo Ruiz, Martha Martínez y Eduardo Quintana. “El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia” En: Boletín Latinoamericano de Competencia, 22. 2006, pp.106-125, p. 124

³⁸⁰ AGURTO, Carolina y Omar ALVARADO (2011). No todo tiempo pasado fue mejor. Algunos alcances sobre el principio de subsidiariedad y la Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI. Actualidad Jurídica 206, p. 57.

Al respecto, debe recordarse que estos resultados solamente fueron elaborados respecto de trece de las treinta y siete empresas estatales que estaban, hasta ese momento, bajo el ámbito de FONAFE³⁸¹. Desafortunadamente, entre las empresas estatales que no fueron analizadas por INDECOPI se encontraban ELECTROPERU, EGASA, EGEMSA, Egesur S.A. (EGESUR) y San Gaban S.A. (SAN GABAN) que figuraban en proceso de privatización, pero que actualmente continúan operando como empresas estatales en el mercado de generación eléctrica.

3.3.2 La metodología desarrollada por INDECOPI con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1044: Resolución N° 3134-2010/SC1

En el 2008, en palabras de AGURTO y ALVARADO, refiriéndose al artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, “[I]uego de cerca de siete años, finalmente se aprobó una norma de rango legal que convirtió la buena voluntad que existía en verdadero control de la actividad empresarial no subsidiaria”^{382 383}.

Opinión contraria es la de KRESALJA, quien sostiene que esta norma, “confirma que su introducción no obedece (...) a la búsqueda de una interpretación adecuada y serena para nuestras circunstancias del principio de subsidiariedad, sino a la

³⁸¹ No se analizó a las siguientes empresas estatales: (i) Centromin Perú S.A.; (ii) Egecen S.A.; (iii) Electroandes S.A.; (iv) Imexcallao S.A.; (v) Yauricocha S.A.; (vi) Corpac S.A.; (vii) Egasa; (viii) Egemsa; (ix) Egesur S.A.; (x) Electro Oriente S.A.; (xi) Electroperú S.A.; (xii) Electro Puno S.A.; (xiii) Electro Sur Este S.A.; (xiv) Electro Ucayali S.A.; (xv) Electro Sur S.A.; (xvi) Emr. Grau Bayóvar S.A.; (xvii) Enapu S.A.; (xviii) Etecen; (xix) Etesur S.A.; (xx) Petroperú S.A.; (xxi) Popular y Porvenir; (xxii) San Gabán S.A.; (xxiii) Seal; (xxiv) Sedapal.

³⁸² AGURTO, Carolina y Omar ALVARADO (2011). No todo tiempo pasado fue mejor. Algunos alcances sobre el principio de subsidiariedad y la Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI. Actualidad Jurídica 206, p. 57.

³⁸³ De manera similar, DIEZ CANSECO y BULEJE señalan lo siguiente: “Si bien fue explícito el reconocimiento del papel subsidiario del estado, el precepto constitucional se movía en la esfera de la teoría. Dicha situación se modifica sustantivamente cuando una Ley vinculada al derecho de la Competencia le brinda “garras” por decirlo de alguna manera. en efecto, se trata de la Ley de Represión de la Competencia desleal del 2008: decreto Legislativo N° 1044”. BULEJE, Crosby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 222. En esta línea, Christian GUZMAN NAPURI ha señalado que “resultaba indispensable la existencia de un real mecanismo de control, más allá de los informes que dicha entidad emitía, que carecían de efecto jurídico real”. Christian Guzmán. “El principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente del INDECOPI”. En: Actualidad Jurídica, Número 206 (2011), p. 46.

imposición de un modelo económico que (...) olvida que el Perú, según mandato constitucional -mandato que tiene primacía sobre esa estrecha visión del principio de subsidiariedad-, es un Estado social y democrático de derecho”³⁸⁴.

A pesar de que en la doctrina la opinión no es unánime, meses después de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1044, las denuncias ante INDECOPI por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60° de la Constitución, no tardaron en llegar. En efecto, las primeras denuncias se presentaron entre los meses de setiembre y octubre de 2008.

Entre los pronunciamientos que INDECOPI emitió en segunda instancia respecto de estas primeras denuncias en el año 2010³⁸⁵, destacamos el precedente de observancia obligatoria que aprobó la Resolución N° 3134-2010/SC1. Este precedente es determinante pues estableció una metodología que los órganos de INDECOPI (Comisión de Libre Competencia y Sala Especializada en Defensa de la Competencia) debían utilizar para identificar la actividad empresarial que no cumpliera con el artículo 60° de la Constitución y, en consecuencia, se configurara como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme al artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 pasible de ser sancionada por esta entidad.

³⁸⁴ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 180.

³⁸⁵ Resolución N° 2550-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. vs. Hospital Arzobispo Loayza). Resolución N° 2549-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. vs. Hospital Nacional Cayetano Heredia). Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. vs. INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani). Resolución N° 2470-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. vs. Instituto Nacional de Oftalmología). Resolución N° 2472-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. vs. Instituto Nacional de Salud del Niño). Resolución N° 2471-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. vs. Instituto Nacional Materno Perinatal). Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI (Pollería El Rancho II E.I.R.L. vs. Universidad Nacional del Altiplano - Puno).

Al respecto, coincidimos con QUINTANA en que este precedente “no contiene gran novedad en su aspecto más sustancial”³⁸⁶, pues la metodología que se plantea en el mismo, recoge gran parte de aquella metodología que desarrolló la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI entre los años 2001 y 2002 en los informes solicitados por FONAFE y que ha sido ampliamente desarrollada en el numeral anterior.

En ese sentido, de manera similar, la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI establece que, en primer lugar, debe determinarse si la actividad de la empresa o entidad estatal³⁸⁷ es empresarial y solo en ese caso se continuará con el siguiente nivel de análisis en el que INDECOPI deberá verificar los siguientes tres requisitos: **(i)** que esté autorizado por ley expresa; **(ii)** que tenga carácter subsidiario, es decir, que se realiza ante la ausencia real y potencial de la iniciativa privada; y, **(iii)** que pretenda satisfacer un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Actividad empresarial

En principio, a efectos de verificar el cumplimiento del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 60° de la Constitución, de acuerdo con INDECOPI, la calificación de actividad empresarial no dependerá ni de la forma que adopte la entidad o la existencia de un ánimo de lucro. En ese sentido, en el precedente se señala que “el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal, siendo indistinto si éste está

³⁸⁶ QUINTANA, Eduardo. El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (2011). Diálogo con la jurisprudencia 149, p. 30.

³⁸⁷ El artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 se refiere a la actividad que realice “una entidad pública o empresa estatal”. Al respecto, en el precedente se señala que “no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios (...), pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial” (numeral 51).

o no presente³⁸⁸. Al respecto, autores como BULLARD han coincidido con esta conclusión³⁸⁹.

Por el contrario, autores como ALVAREZ RODRICH proponen un análisis distinto en el que una organización puede constituirse, tener forma empresarial, pero no generar ganancias, lo que la convierte en una institución pública³⁹⁰. En esta línea, además, es interesante mencionar que el artículo 62º de la derogada Ley N° 24948 –Ley de la Actividad Empresarial del Estado- señalaba que las empresas estatales “operan con criterio de eficiencia y eficacia económica y **social**” y que “[a]quellas empresas con fines de servicio público, que buscan una rentabilidad social o económica y social, cubren sus costos operativos con recursos propios, a menos que por decisión del Gobierno el precio del bien o servicio llegue a niveles por debajo de un costo razonable de producción”.

En esta línea, el Tribunal Constitucional manejaba una definición distinta de actividad empresarial. Así, en el 2006, señaló que ésta denotaba “la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, **con fines de lucro**”³⁹¹ (énfasis agregado). En esta medida, señaló que el elemento teleológico de fin de lucro constituía “una característica de sustancial importancia, ya que **no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro**”³⁹² (énfasis agregado).

El Tribunal Constitucional utilizó esta definición para descartar que el arrendamiento de infraestructura deportiva por parte del Instituto Nacional de Deporte calificara como actividad empresarial. Fundamentó su conclusión en lo siguiente:

³⁸⁸ Sala de Defensa de la Competencia N° 1, p. 15.

³⁸⁹ “La línea definida señalada en la Resolución establece, con acierto, que empresarial no es sinónimo de fin de lucro ni requiere de una forma de persona jurídica determinada”. BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”(2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 202.

³⁹⁰ ALVAREZ RODRICH, 1992, p. 58.

³⁹¹ Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 07644-2006-PA/TC, numeral 10.

³⁹² Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 07644-2006-PA/TC, numeral 10.

12. (...) el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley no puede considerarse como actividad empresarial, para así quedar proscrito por el artículo 61° de la Constitución. La “promoción del deporte” (artículo 14° de la Constitución) constituye una **finalidad constitucional**. Esto significa que **el Estado tiene obligaciones positivas para efectivizar tal promoción, cometido que ha de cumplirse, entre otros, a través de la creación y el mantenimiento de infraestructura deportiva**. Tal imperativo deriva de la citada norma constitucional. Ahora bien, **el mantenimiento y conservación de la infraestructura habilita o autoriza, en un Estado como el peruano escaso de recursos, a que éste deba autofinanciar los recursos orientados a tal finalidad** (énfasis agregado).

Por todo lo anterior, se comprueba que no es tan evidente que la calificación de actividad empresarial sea independiente de su ánimo de lucro. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional entendió que las ganancias obtenidas de esta actividad prestacional (arrendamiento de infraestructura deportiva), tenía como propósito el autofinanciamiento de una entidad pública (Instituto Nacional de Deporte).

Al respecto, es claro que la precisión hecha por INDECOPI está destinada a aquellos casos en los que una entidad estatal presta bienes y servicios. No considerarse esta actividad como empresarial, debido a que la entidad estatal no es propiamente una “empresa” en los términos de la Ley General de Sociedades³⁹³, podría ser un incentivo para que el Estado evada cumplir con la norma constitucional por el simple hecho de no constituirla bajo un formato empresarial³⁹⁴. Por ello, el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 expresamente se refiere a la “actividad empresarial desarrollada por **una entidad pública** o empresa estatal” (énfasis agregado).

Ahora bien, al igual que en los años 2001 y 2002, en su precedente, INDECOPI desarrolla una definición de actividad empresarial por descarte, en tanto será

³⁹³ Aprobada por Ley N° 26887.

³⁹⁴ En este punto, conviene precisar que cada vez que en esta investigación se haga referencia a la “empresa estatal” ello incluirá a aquellas entidades que sin haberse constituido como empresas, realizan actividad empresarial. En ese sentido, para efectos de esta investigación, no se hará distinción alguna.

empresarial toda actividad que no califique como *ius imperium* ni como prestación asistencial³⁹⁵:

39. Primero, la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada “actividad estatal de autoridad pública”, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas. Esta actividad, **que por esencia es de titularidad reservada del Estado**, tiene entre sus típicas manifestaciones **la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional o del sistema de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes**, entre otros ejemplos. En esos casos, el Estado desempeña las funciones regulatorias inmanentes al concepto clásico de **soberanía** (énfasis agregado).

Sobre la actividad de *ius imperium*, a manera de ejemplo, conviene mencionar que en el año 2013, INDECOPI declaró improcedente en segunda instancia una denuncia interpuesta contra la Municipalidad Provincial de Trujillo por supuestamente incumplir con el principio de subsidiariedad³⁹⁶. En este caso, la Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera Propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa S.A., denunció a esta entidad por realizar actividad empresarial, al convocar a un proceso de licitación para la entrega en concesión de la construcción, operación y mantenimiento del Terminal Terrestre de Pasajeros de Trujillo, sin contar con una ley que la habilite para tal fin, distorsionando el proceso competitivo y sin existir una razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Ante esta denuncia, la conclusión del INDECOPI puede resumirse en lo siguiente:

84. A diferencia de lo que ocurre en la actividad empresarial, en el marco de la labor de fomento, el Estado no asume la gestión ni el riesgo del negocio. Por el contrario, en estos casos **en ejercicio de su ius imperium, el Estado propicia el ingreso de**

³⁹⁵ Sala de Defensa de la Competencia N° 1, p. 12.

³⁹⁶ Sala Especializada en Defensa de la Competencia. 2013. Expediente 107-2012/CCD. Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI: 1 de octubre de 2013.
http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re1604.pdf

capitales privados en la construcción de obras públicas de infraestructura o en la prestación de servicios que revisten una especial importancia para la sociedad.

(...)

118. Por tanto, se verifica que es el concesionario y no la Municipalidad quien asume la gestión del servicio, siendo que aquellas actividades que a criterio de Corattsa califican como “gestión indirecta” no son sino expresiones de las potestades regulatorias que mantiene el concedente respecto de la construcción de la infraestructura dada en concesión, así como de los posteriores servicios que se brinden sobre la base de dicha construcción (énfasis agregado).

De lo anterior, resulta evidente por qué la actividad de *ius imperium* no califica como actividad empresarial. Distinto sería el caso si una entidad estatal –haya sido o no constituida como empresa- participe en la licitación y sea adjudicada pese a existir empresas privadas que hayan manifestado su interés en el proyecto. En su faceta de soberano, aunque interviene, el Estado no compete, sino que fomenta y fiscaliza la actividad de los privados.

En efecto, conviene citar brevemente la Resolución N° 416-2014/SDC-INDECOPI que señala: “En el presente caso, la UNMSM no es una “empresa pública”, ni tiene fines de lucro, no obstante, lo que importa es que efectivamente concurre en el mercado de arrendamiento de espacios para eventos públicos”³⁹⁷.

Continuando con esta definición por descarte, además de no calificar como actividad de *ius imperium*, si la actividad califica como asistencial o social, entonces no será empresarial. Sobre este punto, INDECOPI desarrolla lo siguiente:

41. En segundo lugar, debe descartarse de la calificación de empresarial a aquel grupo de prestaciones brindadas por el Estado que son denominadas por la doctrina como “asistenciales o sociales”.

42. La actividad de corte asistencial comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social (énfasis agregado).

³⁹⁷ Sala Especializada en Defensa de la Competencia. 2014. Expediente 175-2012/CCD. Resolución N° 416-2014/SDC-INDECOPI: 20 de marzo de 2014.

En este aspecto, es interesante mencionar el caso de la denuncia a la Universidad Nacional Federico Villareal por idoneidad en el servicio prestado, interpuesta por una estudiante³⁹⁸. Si bien este caso es de protección al consumidor, debe hacerse hincapié en el análisis sobre la naturaleza de los servicios educativos prestados por universidades nacionales. En ese sentido, INDECOPI concluyó lo siguiente:

*(...) la educación impartida por las universidades nacionales constituye un servicio de corte asistencial, pues aún cuando materialmente esta actividad se identifique con el servicio educativo ofertado por entidades particulares, la racionalidad de la educación pública no es la de competir en un esquema de mercado sino la de garantizar el acceso a la educación gratuita de la población con menores recursos*³⁹⁹ (énfasis agregado).

Según INDECOPI, el carácter “asistencial” de una determinada actividad no estará definido por el tipo de entidad que la preste. Así, por ejemplo, en la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI⁴⁰⁰, en la que se analizó si un servicio de salud que se brinda bajo tarifas diferenciadas califica o no como actividad asistencial, INDECOPI señaló que para determinar si una actividad es o no asistencial el “fin de lucro no puede ser el dato relevante”⁴⁰¹. De este modo: “Si el Estado decide constituir una cadena de restaurantes o de tiendas por departamento, evidentemente realiza actividad empresarial, por más que destine el íntegro de los recursos obtenidos al presupuesto de educación o seguridad social”⁴⁰² (énfasis agregado).

En cuanto a descartar la actividad asistencial del análisis de subsidiariedad, si bien autores como María Teresa QUIÑONES han manifestado estar de acuerdo con esta

³⁹⁸ Sala de Defensa de la Competencia. 2007. Expediente 0391-2007/TDC-INDECOPI. Resolución N° 1368-2006/CPC-INDECOPI: 21 de marzo de 2007.

http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-44/2007/Re0391.PDF

³⁹⁹ Sala de Defensa de la Competencia. 2007, p. 6.

⁴⁰⁰ Sala de Defensa de la Competencia N° 1. 2010. Expediente 154-2008/CCD. Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI: 6 de setiembre de 2010.

http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2010/Re2473.pdf

⁴⁰¹ Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI, numeral 139.

⁴⁰² Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI, numeral 140.

conclusión⁴⁰³, autores como QUINTANA han manifestado tener una posición contraria, basándose en lo siguiente:

*La actividad asistencial del Estado puede ser actividad empresarial cumpliendo todos los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, pero esto último debe ser corroborado por el Indecopi **para evitar que se trate de un acto encubierto de competencia desleal por violación de normas**. Por ello, es incorrecto que el Indecopi haya excluido de plano la actividad asistencial del Estado de la limitación constitucional, al considerar que no es actividad empresarial⁴⁰⁴ (énfasis agregado).*

En ese sentido, señala que si la actividad del Estado es en efecto asistencial, ésta pasará satisfactoriamente la metodología planteada por INDECOPI, en la medida que se comprobará su carácter subsidiario, por lo que no existe a su criterio razón para que sea excluida de este examen⁴⁰⁵. De este modo, QUINTANA cuestiona **“cómo se distingue la actividad asistencial del Estado** (que por naturaleza no está diseñada para obtener ganancias, sino para atender a la población de escasos recursos), **de la actividad empresarial del Estado sin fines de lucro** que se manifiesta en la prestación de servicios esenciales a la población”^{406 407} (énfasis agregado).

De manera similar, BULEJE y DIEZ CANSECO, señalan que: “Al excluir del test de subsidiariedad a las actividades económicas del Estado que constituyan servicios asistenciales, **podría haberse abierto una puerta a través de la cual muchas actuaciones estatales evadan el control** de lo establecido en la LRCD [Decreto Ley

⁴⁰³ QUIÑONES, María Teresa. Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos (2012). CDA Número 12, p. 68.

⁴⁰⁴ QUINTANA, Eduardo. El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (2011). Diálogo con la jurisprudencia 149, p. 31.

⁴⁰⁵ QUINTANA, Eduardo. El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (2011). Diálogo con la jurisprudencia 149, p. 31.

⁴⁰⁶ QUINTANA, Eduardo. El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (2011). Diálogo con la jurisprudencia 149, p. 31.

⁴⁰⁷ Alfredo BULLARD plantea incluso que “[t]emas como la salud, la educación, la seguridad, las playas, las calles, las carreteras, y muchos otros, tradicionalmente colocados alegremente en el cajón de los bienes públicos, reservados al estado, pueden ser cubiertos por el sector privado, mediante incentivos adecuados y arreglos institucionales inteligentes”. BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 209.

Nº 1044]⁴⁰⁸ (énfasis agregado). No obstante, al igual que QUINTANA, estos autores advierten que “como dichos servicios se prestan bajo el título de servicio asistencial, la actuación quedaría exenta del análisis de subsidiariedad”⁴⁰⁹.

Como se observa, esta definición de actividad empresarial planteada por INDECOPI no es aceptada de manera unánime por la doctrina. Una discusión adicional a la planteada en su momento por QUINTANA, para el caso de las actividades asistenciales, es la postura de que tampoco debe aplicarse esta metodología a la prestación de servicios públicos económicos o prestacionales⁴¹⁰. OCHOA, por ejemplo, ha señalado que éstos no constituyen actividad empresarial al amparo del artículo 58º de la Constitución que señala que el Estado *actúa* principalmente en los servicios públicos.

A fin de entender este planteamiento, conviene definir el servicio público y para ello, consideramos pertinente y suficiente para los efectos de este trabajo, las notas tipificadoras que KRESALJA ha desarrollado para este concepto jurídico:

a) Se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable. b) La titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta: i) por una declaración formal (publicatio) que supone la reserva de un sector y su posterior (y a veces necesaria) concesión a terceros y ii) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad. c) Se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de Derecho Público, esto es, el

⁴⁰⁸ BULEJE, Crosby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC!-INDECOPI” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 233.

⁴⁰⁹ BULEJE, Crosby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC!-INDECOPI” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 233.

⁴¹⁰ Existe en la doctrina y, de acuerdo con Jorge DANOS una distinción en el artículo 58º de la Constitución entre servicios públicos de carácter social (promoción del empleo, salud, educación, seguridad) y servicios públicos de carácter económico o prestacional a los que define en este último caso como: “actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional (porque no se trata del ejercicio de funciones de autoridad, o que se expresan únicamente en el plano jurídico), respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente”. DANOS, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: Themis Revista de Derecho, Número 55, p. 258.

servicio público goza siempre de una protección especial, aunque en su régimen de gestión la actividad pueda venir sometida al Derecho Privado. d) No se trata de actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad. e) Se trata de una prestación regular y continua, características sobre la que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, etc.). Y f) se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público porque a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el Tesoro Público⁴¹¹.

Entonces, teniendo una clara noción del servicio público, en línea con lo señalado por OCHOA, la autora María Teresa QUIÑONES ha sostenido que el artículo 58° contiene “un imperativo constitucional para que el Estado actúe y desarrolle actividades destinadas a la prestación de determinados servicios públicos”⁴¹². Por tanto, pregunta, “¿cómo podría requerirse una Ley autoritativa cuando la propia Constitución le ordena [al Estado] actuar en esos campos?”⁴¹³. Por ende, concluye que “en tanto la actividad estatal califique como servicio público, no puede ser calificada como “actividad empresarial”⁴¹⁴.

Sobre este último punto, KRESALJA ha sostenido que respecto a la relación entre el servicio público y el principio de subsidiariedad “se trata de la titularidad del Estado, pero no necesariamente de su gestión”⁴¹⁵, pues el Estado “**como gestor directo del servicio económico, ha desaparecido en gran medida, pero si tuviera que asumirlo, ello no debería repugnar a nadie**, pues la discusión que se plantea no debería ser solo cuándo es más rentable y eficiente, si en manos del Estado o en manos privadas, sino más bien si las necesidades vitales están o no debidamente

⁴¹¹ Cita de Baldo KRESALJA En: KRESALJA, Baldo y César OCHOA. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009, p. 559.

⁴¹² QUIÑONES, María Teresa. Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos (2012). CDA Número 12, p. 71.

⁴¹³ QUIÑONES, María Teresa. Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos (2012). CDA Número 12, p. 71. Esta autora ha señalado además que: “La actividad empresarial del estado, a que se refiere el artículo 60°, es necesariamente distinta a las actuaciones atribuidas al estado en el artículo 58° de la Constitución”, p. 72.

⁴¹⁴ QUIÑONES, María Teresa. Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos (2012). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 12, p. 71.

⁴¹⁵ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 193.

atendidas, en especial en las capas sociales más pobres y con menos protección”⁴¹⁶ (énfasis agregado).

En otras palabras, aunque no de manera tajante como QUIÑONES, KRESALJA señala que, en la medida que con la Constitución de 1993 el rol del Estado es actualmente subsidiario, la gestión del servicio público ha sido mayormente transferida a manos del privado, aunque ello no enerva la titularidad estatal de esta actividad. Por ende, incluso cuando su rol subsidiario lo orienta hacia un transferencia de su gestión al sector privado, si se diera el caso ahora menos común de que el Estado asuma directamente la gestión del servicio público ello no supondrá una posible vulneración a la subsidiariedad estatal consagrada en el artículo 60°, sino el cumplimiento de su deber de actuación establecido en el artículo 58° de la Constitución.

La posición de KRESALJA encuentra sustento en el hecho de que “**[l]a dirección de una empresa gestora de un servicio público no es simplemente un asunto privado**, y no lo es porque en el caso del servicio público hay un tercero, que es el público usuario, que tiene derecho a una gestión eficiente, segura y, de ser posible, barata”⁴¹⁷ (énfasis agregado). En consecuencia, admite que “**si hay un territorio en el cual el principio de subsidiariedad es o puede ser atacado con más contundencia y emotividad, es en el de los servicios públicos esenciales**, sobre todo cuando no han llegado a sectores importantes de la población y cuando, además, sea por razones de escala o dificultad geográfica, el sector privado no tiene intención de atenderlos”⁴¹⁸ (énfasis agregado).

⁴¹⁶ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 193.

⁴¹⁷ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 192.

⁴¹⁸ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 193.

Posición contraria es la de DANÓS, quien ha señalado que la subsidiariedad empresarial del artículo 60° de la Constitución si es de aplicación al caso de los servicios públicos. Es decir que, en principio, éstos deben ser prestados por empresas privadas. Este autor señala que incluso en un escenario en el que la actuación directa del Estado esté justificada en la inexistencia o insuficiencia de la oferta privada, ello no implica necesariamente la prestación directa de los servicios públicos por parte del Estado, sino su obligación de crear las condiciones para asegurar su prestación efectiva a todos los ciudadanos⁴¹⁹. En este análisis, permite observar claramente la distinción entre la titularidad del servicio público (que es estatal) y su gestión (que, de una interpretación constitucional del artículo 60°, debe ser de principio privada)

Al respecto, consideramos que, siguiendo la misma lógica de la postura de QUINTANA en el caso de los servicios asistenciales, los servicios públicos prestacionales o económicos no deben ser excluidos de la aplicación de la subsidiariedad empresarial del artículo 60°, pues en la medida que, como se ha desarrollado ampliamente en este trabajo, el rol del Estado es subsidiario, la gestión de los servicios públicos debe ser en principio privada, lo cual no transgrede su titularidad estatal. En efecto, el artículo 58° de la Constitución se refiere a que el Estado *actúa* principalmente en los servicios públicos, lo que no supone necesariamente que intervenga realizando actividad empresarial, es decir, prestando directamente dicho servicio.

Sobre este punto, conviene citar al Tribunal Constitucional⁴²⁰, que ha señalado que:

*“42. (...) **aun cuando el Estado** –en ejercicio de su libre configuración política–, haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, **ello no le***

⁴¹⁹ DANOS, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: Themis Revista de Derecho, Número 55, p. 258.

⁴²⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente N° 00034-2004-PI/TC. Consulta: 20 de setiembre de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>

resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población” (énfasis agregado).

Por ende, en estos casos, la conducta del Estado no será subsidiaria si se demuestra que existe iniciativa privada suficiente y dispuesta a asumir la gestión del servicio público. Evidentemente, en tanto esencial y a fin de cautelar su continuidad, la orden de cese de la actividad estatal que recaiga en la prestación de un servicio público debería estar condicionada a que la gestión de ésta sea asumida por una empresa privada, lo que supondrá una coordinación entre INDECOPI (entidad fiscalizadora) y las entidades competentes de la gestión del servicio público en cuestión. Este es un asunto que no ha sido abordado por el precedente de INDECOPI, ni posteriormente en su jurisprudencia.

Autorización por ley expresa

Entre las condiciones planteadas por INDECOPI en su metodología, la menos controvertida por la doctrina (aunque algunas veces representa un desafío en la práctica) es el requisito formal de autorización por ley expresa. Al respecto, en su precedente, INDECOPI sostiene que ésta debe ser una ley aprobada por el Congreso.

Para sustentar su postura, destacamos⁴²¹ la cita del artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado y es aplicable a las empresas estatales bajo el ámbito de FONAFE, que establece que la actividad empresarial del Estado es “autorizada por Ley del Congreso de la

⁴²¹ INDECOPI también desarrolló otros argumentos para sustentar esta postura: (i) toda norma que habilita una situación excepcional debe ser interpretada restrictivamente; (ii) en la medida que es un requisito que es exigido expresamente a las empresas estatales bajo el ámbito de FONAFE, no existe justificación para hacer un tratamiento diferenciado para la actividad empresarial del Estado distinta; (iii) reducción de los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno.

República”⁴²². Asimismo, resulta importante mencionar que INDECOPI citó el fundamento 31 de la Sentencia del 15 de febrero de 2005 del Expediente N° 0034-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional, en el que se señala que “el artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial”⁴²³.

En línea con lo anterior, citando la normativa y jurisprudencia incorporada por INDECOPI en su precedente, KRESALJA sostiene que “es indudable, en nuestra opinión, que se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República”⁴²⁴, postura con la que coincidimos. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que este requisito formal es importante, pues permitirá descartar de principio, la actividad empresarial que se realice, por ejemplo, con una norma de rango inferior a la legal (e.g. Decreto Supremo) o que, pese a tener rango legal, no haya sido promulgada por el Congreso (e.g. Decreto Legislativo).

Carácter subsidiario

De acuerdo con INDECOPI, la subsidiariedad empresarial quiere decir que la intervención empresarial del Estado es excepcional, que equivale a la inexistencia o insuficiencia de la oferta privada⁴²⁵. A continuación, plantea una metodología para determinar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado: **(i)** primer paso: delimitar el mercado relevante; y, **(ii)** segundo paso: evaluar cuál es la oferta privada disponible y si ésta puede atender la demanda que atiende la empresa estatal, en caso de no poder atenderla, se analizará la existencia de barreras de entrada al

⁴²² KRESALJA, Baldo, p. 99.

⁴²³ Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>

⁴²⁴ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 108.

Autores como BULLARD, por ejemplo, han asumido que se trata de una ley aprobada por el Congreso. BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 203.

⁴²⁵ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 77.

mercado y si es posible el ingreso de nuevos competidores que cumplan el rol que en dicho momento asume el Estado⁴²⁶.

En cuanto al primer paso, delimitación del mercado relevante, INDECOPI emplea las normas de libre competencia, que en el artículo 6° del Decreto Legislativo 1034, que aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establecen de qué manera se determinará el mercado relevante:

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes (énfasis agregado).

Al ser éste el primer paso para evaluar el carácter subsidiario de la actividad empresarial, queda claro que determinar erróneamente el mercado relevante puede traer como consecuencia desaciertos en la conclusión respecto a su carácter subsidiario. En ese sentido, los autores Hugo FIGARI, Hugo GÓMEZ y Mario ZÚÑIGA identifican la esencialidad de definir adecuadamente el mercado relevante en una investigación de supuestos abusos de posición de dominio:

*En efecto, **una definición de mercado amplia** podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, **una definición de mercado relevante estrecha** podría determinar la investigación y sanción respecto de*

⁴²⁶ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 82 y 83.

*determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado*⁴²⁷ (énfasis agregado).

Esta lógica puede resultar aplicable, aunque de manera inversa, en el análisis sobre el carácter subsidiario de una empresa estatal. Así, un mercado relevante amplio podría reducir la posibilidad de que la empresa estatal tenga carácter subsidiario, en la medida que es más posible que se consideren un mayor número de competidores (oferta privada), ya sea en función del producto o en función del ámbito territorial. Por el contrario, un mercado relevante estrecho podría incrementar la posibilidad de que la empresa estatal tenga carácter subsidiario, en la medida que reduce la opción de que haya oferta privada al reducir el mercado producto y el mercado geográfico.

Superado este primer paso, de acuerdo con INDECOPI, el análisis del carácter subsidiario dependerá del escenario en el que se encuentre la actividad empresarial del Estado, lo que se ha distinguido en función del número de participantes privados en el mercado⁴²⁸: **(i)** primer escenario: dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal; **(ii)** segundo escenario: una empresa privada y una empresa estatal; **(iii)** tercer escenario: una empresa estatal. La evaluación en cada uno de estos escenarios está detallado en el precedente de observancia obligatoria:

(i) Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas: En este escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.

(ii) En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal: En este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad –a partir de sus

⁴²⁷ FIGARI, Hugo; Hugo GÓMEZ y Mario ZÚÑIGA. “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”. En Revista de la competencia y la propiedad intelectual. Número 1: 2005. Lima: INDECOPI, pp. 153-187, p. 160.

⁴²⁸ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 82 y 83.

actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante– deberá constatar **o que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.**

*(iii) Solo participa la empresa o entidad estatal: **En este escenario no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada.** Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados⁴²⁹ (énfasis agregado).*

Al respecto, BULLARD ha sostenido que: “El concepto de “subsidiariedad” es **económico antes que legal**, y depende de las circunstancias de cada caso en cada momento. Lo que hoy es subsidiario mañana puede dejar de serlo”⁴³⁰ (énfasis agregado). Así, señaló que: “Las condiciones de oferta y demanda, el tamaño del mercado, los niveles de ingreso de los consumidores, la tecnología disponible en cada momento, las barreras económicas o legales, cambian. **Lo que hoy es subsidiario puede dejar de serlo mañana y viceversa**”⁴³¹ (énfasis agregado).

Esta metodología de INDECOPI para evaluar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado no ha sido unánimemente aceptada por la doctrina. De hecho,

⁴²⁹ Sala de Defensa de la Competencia N° 1. 2010. Expediente 201-2008/CCD. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI: 29 de noviembre de 2010, p. 1.

<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Polleria-El-Rancho-Rol-Subsidiario-del-Estado-Peru.pdf>

Para mayor referencia, se ha identificado los siguientes pronunciamientos del Tribunal del INDECOPI: (1) Resolución N° 416-2014/SDC-INDECOPI (Gremco Publicidad S.A. v. Universidad Nacional Mayor de San Marcos); (2) Resolución N° 419-2014/SDC-INDECOPI (CORATTSA v. Municipalidad Provincial de Ilo); (3) Resolución N° 415-2014/SDC-INDECOPI (Gremco Publicidad S.A. v. Instituto Peruano del Deporte); (4) Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI (CORATTSA v. Municipalidad Provincial de Trujillo); (5) Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI (EGASA v. TARUCANI); (6) Resolución 2471-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. v. Instituto Nacional Materno Perinatal); (7) Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. v. Instituto Nacional Salud del Niño); (8) Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. v. Instituto Nacional de Oftalmología); (9) Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. v. INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani); (10) Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. v. Hospital Nacional Cayetano Heredia); (11) Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI (Clínica Santa Teresa S.A. v. Hospital Nacional Arzobispo Loayza).

⁴³⁰ BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 203.

⁴³¹ BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 203.

existe una postura diametralmente distinta que cuestiona inclusive la competencia de INDECOPI. Nos referimos a OCHOA, quien ha señalado que la metodología de INDECOPI es correcta únicamente en relación con la verificación de la autorización por ley expresa, pues los requisitos de fondo, esto es, el carácter subsidiario y razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, **“no son materias de competencia del Indecopi”**⁴³².

Razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional

Sobre este tercer y último requisito, citando a Marcial RUBIO, INDECOPI ha señalado que tanto el “interés público” como la “conveniencia nacional” son conceptos jurídicos indeterminados que no están definidos en la Constitución⁴³³, pero que claramente revelan la necesidad de que la actividad en la que el Estado intervenga como empresario, “satisfaga un interés relevante para la comunidad”⁴³⁴, evitando con ello que “el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias”⁴³⁵. De este modo, sostuvo que “el Congreso de la República es el único ente legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial”⁴³⁶.

En esta línea, INDECOPI concluyó que, en la medida que el contenido de “interés público” y “conveniencia nacional” deben ser señalados por el Congreso de la República en la ley expresa que autoriza la realización de la actividad empresarial del Estado, esta entidad no es competente para evaluar este último requisito⁴³⁷. Por tanto, INDECOPI se limitará a verificar que en el texto de la ley autoritativa se exprese la

⁴³² OCHOA, César. El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública. Actualidad Jurídica, Número 206 (2011), p. 36.

⁴³³ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 122.

⁴³⁴ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 123.

⁴³⁵ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 123.

⁴³⁶ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 124.

⁴³⁷ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 126.

justificación de interés público o conveniencia nacional. En caso ésta no esté referida en el texto legal, se entenderá por no cumplido este último requisito⁴³⁸.

De manera similar, KRESALJA ha señalado que este tercer requisito “requiere de una evaluación que sólo puede ser adoptada por el Congreso mediante un debate político”⁴³⁹. Sin embargo, en una posición más extrema, OCHOA ha sostenido que a INDECOPI no le corresponde “comprobar” si en el texto de la ley que autoriza la actividad empresarial pública se “señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación” como se sostiene en el (...) precedente”⁴⁴⁰.

Por su parte, QUINTANA ha señalado que “la labor del **Indecopi debería** concretarse únicamente a analizar el cumplimiento de los dos primeros requisitos del artículo 60° de la Constitución y, de comprobarlo, **asumir que existe una razón de interés público o conveniencia nacional** que sustenta la autorización de la actividad empresarial del Estado”⁴⁴¹ (énfasis agregado).

Así, este autor cuestiona que INDECOPI señale que el interés público o conveniencia nacional deban estar justificados en el texto de la ley, pues ello implica imponer requisitos a las decisiones legislativas del Congreso de la República⁴⁴². De este modo, QUINTANA concluyó que “el Congreso puede tener una clara razón de interés público o conveniencia nacional que sustente la autorización de la actividad empresarial del

⁴³⁸ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 127.

⁴³⁹ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 108.

⁴⁴⁰ OCHOA, César. El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública. Actualidad Jurídica, Número 206 (2011), p. 37.

⁴⁴¹ QUINTANA, Eduardo. “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” (2011). En: Diálogo con la jurisprudencia, Número 149, p. 32.

⁴⁴² QUINTANA, Eduardo. “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” (2011). En: Diálogo con la jurisprudencia, Número 149, p. 33.

Estado y no incluirla en el texto de la ley⁴⁴³, sino que esté por ejemplo en su exposición de motivos.

Por otro lado, de manera más drástica, el artículo 4º del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, norma que según INDECOPI es el sustento de su metodología, establece claramente que la subsistencia de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional “sólo se verifican con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública”.

Posición contraria a las anteriores es la de GUZMAN, quien señala que la ausencia de este requisito “implica una vulneración al principio que venimos analizando, razón suficiente para considerar que nos encontramos ante una empresa estatal que está generando competencia desleal. En consecuencia, **este requisito debería de ser analizado también por la Comisión**, señalando que la empresa o entidad se encuentra violando el principio de subsidiariedad⁴⁴⁴ (énfasis agregado).

Finalmente, si bien como hemos señalado al principio, esta metodología no ofrece mayor novedad respecto a aquella empleada por INDECOPI en los informes que emitió para FONAFE entre los años 2001 y 2002, coincidimos con QUINTANA respecto a que se presentan las siguientes tres novedades:

(i) la exclusión de los servicios asistenciales de los límites previstos en el artículo 60º de la Constitución, al no calificar como actividad empresarial; **(ii)** la posibilidad de que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas inicie un procedimiento de oficio

⁴⁴³ QUINTANA, Eduardo. “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” (2011). En: Diálogo con la jurisprudencia, Número 149, p. 33.

⁴⁴⁴ GUMZAN, Christian. “El principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente del INDECOPI”. En: Actualidad Jurídica, Número 206 (2011), p. 44.

o se realicen acciones de abogacía de la competencia ante la existencia de barreras a la entrada que limitan el ingreso de oferta privada; y, **(iii)** que el texto de la ley deba hacer referencia al alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para cumplir con el requerimiento del artículo 60° de la Constitución⁴⁴⁵.

3.4 Cuestionamiento de la subsidiariedad de las empresas estatales de generación eléctrica ante INDECOPI

Casi un mes después de que se presentara la denuncia de Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, que ameritó el precedente de observancia obligatoria de INDECOPI, previamente desarrollado, la empresa Tarucani Generating Company S.A. (TARUCANI) denunció ante INDECOPI a la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. (EGASA). La denuncia fue, entre otros, por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60° de la Constitución⁴⁴⁶.

TARUCANI denunció que EGASA había obtenido la concesión para desarrollar estudios de factibilidad de generación eléctrica en la Central Hidroeléctrica Lluta I, en contravención del artículo 60° de la Constitución. Este proyecto tenía las mismas coordenadas de la Central Hidroeléctrica Tarucani, proyecto de titularidad de TARUCANI y respecto del cual había obtenido concesión definitiva para desarrollar la actividad de generación eléctrica. Sin embargo, en una serie de hechos también cuestionados por TARUCANI, el MINEM declaró la caducidad de dicha concesión. Una

⁴⁴⁵ Eduardo Quintana. “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” (2011). En: Diálogo con la jurisprudencia. Número 149, p. 30.

⁴⁴⁶ También se denunció a Egasa por infracción a la cláusula general por la modalidad de violación de secretos.

vez declarada su caducidad, EGASA coincidentemente solicitó y obtuvo concesión temporal para desarrollar la Central Hidroeléctrica Lluta I con las mismas coordenadas.

En sus descargos, EGASA señaló que si bien el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM prohíbe la actividad empresarial que no sea subsidiaria, esta limitación no sería aplicable a “las empresas que se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada ni a aquellas actividades que determine el Directorio de FONAFE”⁴⁴⁷. Sin perjuicio de ello, EGASA sostuvo haber actuado de manera subsidiaria, pues actuó como consecuencia de la caducidad de la concesión del proyecto de TARUCANI.

Adicionalmente, EGASA señaló haber cumplido con el requisito de interés público, pues la generación de energía es un servicio público. En esta línea, advirtió que tuvo la necesidad de solicitar la concesión temporal en cuestión, ante el evidente desabastecimiento de energía eléctrica en el país⁴⁴⁸.

En primera instancia, la Comisión de Competencia Desleal de INDECOPI, mediante Resolución N° 254-2009/CCD del 22 de diciembre de 2009, declaró fundada la denuncia y ordenó a EGASA el “cese definitivo e inmediato de su participación en la concesión del proyecto “Central Hidroeléctrica Lluta I” u otro de naturaleza similar, en tanto no cumpla con los requisitos del artículo 60° de la Constitución”⁴⁴⁹.

Esta decisión se sustentó en que EGASA no cumplía con el requisito de habilitación por ley expresa: “(...) el Decreto Supremo 034-2001-PCM y la Resolución Suprema 165-93-PCM, **ostentan rango infra legal**; y (...) la Ley de Concesiones Eléctricas y la Ley 24948, Ley de la actividad empresarial del Estado vigente en el momento en que

⁴⁴⁷ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 3.

⁴⁴⁸ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 5.

⁴⁴⁹ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 6.

se creó EGASA, **no autorizan expresamente a EGASA** a participar en concesiones **a efectos de desarrollar futuras centrales hidroeléctricas**⁴⁵⁰ (énfasis agregado).

EGASA apeló esta resolución, señalando que de acuerdo con la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 674, una vez incorporadas al proceso de promoción de la inversión privada, las empresas estatales “quedarán sujetas al régimen de la actividad privada, sin más limitaciones que las que rigen para las empresas del sector privado”. De acuerdo con EGASA, esta norma constituye “la cobertura de rango legal” que le permitirá “intervenir en el mercado aun cuando exista oferta privada suficiente de empresas del sector privado para satisfacer la demanda”⁴⁵¹.

En segunda instancia, mediante Resolución N° 778-2011/SC1-INDECOPI del 4 de abril de 2011, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 de INDECOPI concluyó lo siguiente:

- (i) En primer lugar, **“si bien EGASA ha buscado sustentar su habilitación en el marco normativo encargado de regular el proceso de promoción de la inversión privada del cual forma parte** -particularmente, en las excepciones que estarían previstas en el Decreto Legislativo 674 y Decreto Supremo 034-2001-PCM- lo cierto es que **ninguna de las disposiciones citadas por dicha empresa cumple con el requisito de ley expresa** previsto en el artículo 60 de la Constitución⁴⁵² (énfasis agregado).

En el caso del Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, INDECOPI concluyó que no satisface el requisito de ley expresa pues ostenta rango infra legal y, sin perjuicio

⁴⁵⁰ Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 99(iii).

⁴⁵¹ Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 8.

⁴⁵² Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 123.

de ello, no habilita expresamente a EGASA para desarrollar futuros proyectos hidroeléctricos⁴⁵³. En relación con el Decreto Legislativo N° 674, además de que no habilita expresamente a EGASA como en el caso anterior, éste se emitió en 1991, con anterioridad a la Constitución de 1993 que tiene además rango constitucional, por lo que sí son aplicables los requisitos del principio de subsidiariedad establecidos en la Constitución⁴⁵⁴.

Situación similar ocurre con las Resoluciones Supremas N° 165-93-PCM y 370-94-PCM que además de tener rango infra legal, no habilitan claramente a EGASA para desarrollar la actividad empresarial en cuestión⁴⁵⁵.

- (ii) Por el contrario, “(...) EGASA deriva directamente de ELECTROPERÚ y de la SOCIEDAD ELECTRICA DEL SUR OESTE S.A., empresas autorizadas por la Ley General de Electricidad para prestar el servicio público de electricidad, dentro del cual se encuentra la actividad de generación. Así, (...) **es la Ley General de Electricidad** y no la Ley de Concesiones Eléctricas, **la norma que brinda la cobertura legal en el presente caso**”⁴⁵⁶ (énfasis agregado).

En síntesis, lo que señaló INDECOPI es que los artículos 3°, 20° y 22° de la Ley General de Electricidad habilitó a ELECTROPERU y a sus filiales regionales para desarrollar actividad empresarial en el sector eléctrico⁴⁵⁷, siendo EGASA una de estas filiales. Además, “en su calidad de empresa estatal dedicada a la generación de energía eléctrica, se encuentra facultada para solicitar concesiones que impliquen el desarrollo de futuros proyectos hidroeléctricos”⁴⁵⁸.

453 Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 110.

454 Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 117.

455 Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 122.

456 Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 144.

457 Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 138.

458 Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 158.

Por estas razones, INDECOPI concluyó que EGASA cumplía con el requisito de habilitación por ley expresa y, dado que, según esta entidad, la misma no contaba con “información necesaria y suficiente para emitir un pronunciamiento de fondo”⁴⁵⁹, revocó el pronunciamiento de la Comisión de Competencia Desleal y dispuso la devolución del expediente a primera instancia, a fin de que se evalúe si EGASA cumple con los demás requisitos del artículo 60° de la Constitución. Como se observa, INDECOPI no se pronunció respecto al carácter subsidiario de esta empresa estatal bajo el ámbito de FONAFE que realiza la actividad de generación eléctrica. Esto último es objeto de análisis del siguiente cuarto y último capítulo.



⁴⁵⁹ Resolución N° 0778–2011/SC1-INDECOPI, numeral 161

CAPÍTULO 4 – Revisión de la aplicación del principio de subsidiariedad a propósito de la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica

4.1 Los intentos del Estado de promover la inversión privada en las generadoras estatales a partir de los años 90

4.1.1 Promoción de la inversión privada de las empresas estatales eléctricas durante los años 90

La actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica a inicios de los años 90 se manifestaba de la siguiente manera:

- ELECTROPERU, creada en 1972 por Decreto Ley N° 19521 (Decreto Ley Normativo de Electricidad), norma que estatizó la industria eléctrica. El artículo 7° de esta norma asignó a esta empresa estatal el desarrollo de la actividad empresarial del Estado en el sector eléctrico.
- En 1982, en virtud del artículo 133° de la Ley N° 23406 (Ley General de Electricidad), se crearon las siguientes diez empresas regionales del servicio público de electricidad, empresas filiales de ELECTROPERU⁴⁶⁰ a nivel

⁴⁶⁰ En 1994, ELECTROPERU constituye las siguientes 3 empresas:

- Empresa de Generación Eléctrica San Gabán (SAN GABAN), autorizado mediante acuerdo de COPRI del 7 de noviembre de 1994.
Memoria Anual 1999, p. 22. Consulta: 28 de marzo de 2016.
http://www.sangaban.com.pe/pgw_externos/pgw_memoriaanual/1999pdfMA.pdf
- Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A. (EGESUR), autorizado mediante sesión de Directorio de ELECTROPERU del 16 de agosto de 1994.
Página web de EGESUR. Quiénes somos. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.egesur.com.pe/SitePages/Quienes%20Somos.aspx>
- Empresa de Administración de Infraestructura Eléctrica S.A. (ADINELSA), mediante escritura pública del 2 de diciembre de 1994.
Documento consultado: 28 de marzo de 2016.
http://www.adinelsa.com.pe/files/transparencia/perugob/A_I_b_Constitucion_Sociedad_Anonima.pdf

regional⁴⁶¹: **(1)** HIDRANDINA S.A. (en el norte); **(2)** ELECTROLIMA S.A. (en Lima); **(3)** Empresa Regional del Sur Medio S.A. (ELECTRO SUR MEDIO); **(4)** Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (SEAL); **(5)** ELECTRO SUR ESTE S.A.⁴⁶²; **(6)** ELECTRO CENTRO S.A.⁴⁶³; **(7)** ELECTRO ORIENTE S.A.; **(8)** ELECTRO NORTE S.A.; **(9)** ELECTRONOROESTE S.A.⁴⁶⁴; y, **(10)** ELECTROSUR S.A.⁴⁶⁵

Los años 90 iniciaron con una actividad eléctrica deteriorada “como consecuencia de la escasa inversión en infraestructura debido a los problemas fiscales, las tarifas no cubrían los costos de producción, las limitadas inversiones en mantenimiento y la destrucción sistemática de infraestructura por parte del terrorismo”⁴⁶⁶.

En este contexto, en 1991, se promulgó el ya referido Decreto Legislativo N° 674 que aprobó la Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, en cuya parte considerativa señala lo siguiente:

*Que, la **Actividad Empresarial del Estado no ha arrojado, en conjunto, resultados económicos y financieros satisfactorios**, lo que, de un lado, ha impedido la generación de los recursos destinados a mejorar sus sistemas productivos y administrativos, reflejándose ello en los inadecuados precios con que ofrece sus bienes y servicios a la población; y, de otro lado, ha contribuido a la generación del déficit fiscal, con el consiguiente impacto inflacionario (...) (énfasis agregado).*

Las modalidades en las que se manifestaría la promoción de la inversión privada en las empresas estatales están detalladas en el artículo 2° de esta norma y son las siguientes:

⁴⁶¹ Esta información se obtuvo de la parte considerativa del Decreto Supremo N° 243-84-EFC.

⁴⁶² Esta empresa constituyó por escisión a ELECTRO PUNO S.A.A. en 1999.

⁴⁶³ Esta empresa constituyó a ELECTRO UCAYALI S.A. en 1995.

⁴⁶⁴ Esta empresa se constituyó por Ley N° 24761 para prestar el servicio público de electricidad en Piura.

⁴⁶⁵ Esta empresa se constituyó por Ley N° 24093 para prestar el servicio público de electricidad en Tacna y Moquegua.

⁴⁶⁶ Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico, p. 62

- (i) La transferencia del total o parcial de sus acciones y/o activos, en este último caso, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles, en cuyo caso serán de aplicación las normas que regulan el Sistema Nacional de Bienes Estatales;
- (ii) El aumento de capital;
- (iii) La celebración de contratos de asociación, “joint venture”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, u otros similares; y,
- (iv) La disposición o venta de sus activos, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación.

En virtud de esta norma, se inicia un proceso de promoción de la inversión privada en toda la actividad empresarial del Estado peruano, procediéndose principalmente con la privatización de las empresas estatales. A tal fin, esta norma creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI, hoy PROINVERSION), entidad a la que se le asignó el rol de diseñar y conducir este proceso. Entre sus facultades, destacamos las siguientes: (i) “Establecer las empresas conformantes de la Actividad Empresarial del Estado en que se aplicará alguna de las modalidades de promoción de la inversión privada a que se refiere el artículo 2”; y, (ii) “Definir la modalidad específica a emplearse, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 de la presente Ley” (artículo 4º). En otras palabras, la COPRI determinaba qué empresas estatales ingresaban al proceso de promoción de la inversión privada y bajo qué modalidad (el qué y el cómo).

En este punto, conviene definir los términos “privatización”, “desregulación” y “liberalización”, que son herramientas que podrán ser utilizadas por el Estado en todo proceso de promoción de la inversión privada y por ello es necesario tener en claro sus definiciones antes de cualquier análisis sobre dicha materia. Asimismo, es

necesario distinguir estos términos pues es común confundirlos entre sí en la medida que suelen ser aplicados de manera conjunta.

En cuanto al primer término, la Real Academia Española (“RAE”) define “privatizar”⁴⁶⁷ como “transferir una empresa o actividad pública al sector privado”. A esta definición, el autor Sebastián MARTIN-RETORTILLO añade otras dos acepciones:

*Son, pues, tres las acepciones que el término ofrece. Junto a la últimamente señalada, las dos a las que se refería el Diccionario: transferencias al sector privado del ejercicio de funciones que se han considerado o, incluso, se siguen considerando públicas; y, en el ámbito concreto de la que se ha calificado como actividad industrial de la Administración, transferencia al sector privado de las participaciones patrimoniales de la misma en empresas, tengan o no consideración de empresas públicas*⁴⁶⁸.

En esta línea, el autor José DROMI define privatización como “la transferencia al sector privado de todas las funciones no específicas del Estado que éste haya asumido”⁴⁶⁹. Asimismo, el autor Jaime RODRIGUÉZ-ARANA, citando a ASCHER, plantea este concepto como “una multitud de iniciativas gubernamentales destinadas a reducir el rol del sector público”⁴⁷⁰.

Otra definición que conviene mencionar es aquella elaborada por ALVAREZ RODRICH, quien señala lo siguiente:

*Esto se puede realizar mediante un proceso de privatización que entienda este concepto de una manera amplia y como un medio –y no como un fin– para “hacer que las empresas sean más privadas”, lo cual puede ser entendido y logrado, básicamente, de dos maneras. La primera es a través de **cambios en la propiedad de las empresas** –lo que incluye la venta, liquidación o transformación de la forma organizacional de la*

⁴⁶⁷ Según el autor Germá BEL, el término “privatización” es introducido en la literatura académica, económica y de política pública por primera vez por el autor Peter Drucker en “The Age of Discontinuity” en el año 1969. BEL, Germá. *Economía y política de la privatización local*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006, p. 26.

⁴⁶⁸ MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. “Reflexiones sobre las privatizaciones”. En *Revista de Administración Pública*. Número 144. 1997, pp. 7-43, p. 8.

⁴⁶⁹ DROMI, José. *Reforma del Estado y privatizaciones*. Editorial Astrea: Buenos Aires. 1991, p. 26.

⁴⁷⁰ RODRIGUÉZ-ARANA, Jaime. “Sobre las privatizaciones”. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 3. Círculo de Derecho Administrativo: Perú. 2007, pp. 181-194, p. 187

empresa-. La segunda manera tiene que ver con **cambios en la forma en que las empresas son gerenciadas y conducen sus operaciones.** En ambos casos, lo que se busca es una sustancial **mejora en la eficiencia con que las empresas estatales son manejadas** (énfasis agregado).

En esta línea, nuevamente RODRIGUÉZ-ARANA, citando a YOUNG, define la privatización como “aquel conjunto de políticas destinadas a limitar el papel del sector público, a incrementar el del privado y también a mejorar las actuaciones y los resultados de aquellas actividades que permanezcan en manos del sector público”⁴⁷¹.

El autor Sebastián MARTIN-RETORTILLO también define la privatización como “transferencias al sector privado del ejercicio de funciones que se han considerado o, incluso, se siguen considerando públicas; y, (...) transferencia al sector privado de las participaciones patrimoniales de la misma en empresas, tengan o no consideración de empresas públicas”⁴⁷².

Por su parte, el autor José SORIANO ha sostenido que: “En definitiva, la privatización supone una delimitación de los campos propios del Estado y de la sociedad, devolviendo a cada uno sus responsabilidades y **descargando al Estado de la pesada carga de ser empresario y autoridad a la vez.** De ahí que los estudiosos del tema hayan teorizado inclusive esta técnica dentro de lo que denominan el “**Estado subsidiario**”⁴⁷³ (énfasis agregado).

Al respecto, consideramos pertinentes estas definiciones y en particular coincidimos con el autor Diego ZEGARRA, quien define la privatización en un sentido amplio y estricto. De este modo, sostiene que en un sentido amplio la privatización “puede suponer la transferencia de la propiedad de una empresa pública al sector privado o

⁴⁷¹ RODRIGUÉZ-ARANA, Jaime, p. 187.

⁴⁷² MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. “Reflexiones sobre las privatizaciones”. En Revista de Administración Pública. Número 144. 1997, pp. 7-43, p. 8.

⁴⁷³ SORIANO, José. *Desregulación, privatización y derecho administrativo*. Real Colegio de España: España. 1993, pp. 14.

puede ser cualquier otra técnica jurídica por la que se favorece la gestión por el sector privado de una actividad tradicionalmente en manos del sector público⁴⁷⁴. En un sentido estricto, significaría “la sujeción de determinadas actividades desarrolladas por los poderes públicos al Derecho común, o también denominada privatización formal; y, la traslación, sea total o parcial, al sector privado de actividades empresariales hasta el momento desplegadas por los poderes públicos, o también denominada privatización material”⁴⁷⁵.

En cuanto al segundo término, la RAE define “desregular” como “eliminar total o parcialmente las reglas o normas a las que debe ajustarse algo, especialmente una actividad económica”. En ese sentido, el autor Tomás de la QUADRA-SALCEDO, sostiene que “desregular” supone tanto “suprimir las reglas que reservan al Estado determinadas actividades”⁴⁷⁶, como, sobre todo, “suprimir aquellas reglas que dificultan la actuación de los particulares cuando quieren desarrollar una actividad económica”⁴⁷⁷.

Por su parte, el autor José SORIANO reflexiona a continuación sobre el término “desregulación”:

*Desregulación, pues, **no equivale en modo alguno a supresión de normas**. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. Libertad y autoridad sabiamente mezcladas. Ese es parte del futuro del derecho Administrativo.*

(...)

***La Administración pasa así de ser una Administración de intervención a una Administración de supervisión.** Lo esencial es la transparencia y adecuación del sector a los objetivos generales que tienen, eso sí, un carácter marcadamente público⁴⁷⁸ (énfasis agregado).*

⁴⁷⁴ ZEGARRA, Diego. Servicio público y regulación: Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Palestra Editores: Lima. 2005, p. 35.

⁴⁷⁵ ZEGARRA, Diego; 2005, p. 35.

⁴⁷⁶ QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, «Constitución y modelo económico liberalizador», en Cuadernos de Derecho Público, No. 9, 2000, p. 32.

⁴⁷⁷ QUADRA-SALCEDO, Tomás de la: p. 32.

⁴⁷⁸ SORIANO, José, pp. 11-12.

Asimismo, este autor añade que “ambos procesos, privatización y desregulación, pueden transcurrir en paralelo o, simplemente, acontecer cada uno por su cuenta.

Puede privatizarse sectores ya desregulados anteriormente y puede desregularse sobre sectores previamente privatizados⁴⁷⁹ (énfasis agregado).

En cuanto al tercer término, DE LA QUADRA-SALCEDO señala que “la palabra liberalización alude, primariamente, sin duda, a la idea de **dejar libre o suprimir las trabas que puedan existir para el desarrollo de cualquier actividad económica**⁴⁸⁰ (énfasis agregado). Por su parte, BEL la asocia con la promoción de la competencia y sostiene que en ese sentido se distingue de la privatización⁴⁸¹, concluyendo lo siguiente:

Si un mercado tiene condiciones propicias para la competencia, la cuestión clave para el funcionamiento de la misma no es la presencia de empresas públicas en esa industria sino la ausencia de normas legales (regulaciones) que restrinjan la competencia o que confieran privilegios a las empresas públicas presentes en ese mercado.

(...)

La privatización es un proceso que expande la propiedad privada, pero no garantiza la competencia⁴⁸² (énfasis agregado).

Al respecto, el autor Alberto CAIRAMPOMA, señala que “el contenido central y medular de la liberalización supone **devolver a la sociedad civil y a la libre iniciativa económica lo que, en virtud de actos de reserva estatales realizados en el pasado, estaba acotado para la actuación de los poderes públicos**, excluyendo al estado de la actividad prestacional de servicios y actividades⁴⁸³ (énfasis agregado).

En ese sentido, sostiene que con la liberalización “ahora sería la iniciativa privada el

⁴⁷⁹ SORIANO, José, p. 14.

⁴⁸⁰ QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, «Constitución y modelo económico liberalizador», en Cuadernos de Derecho Público, No. 9, 2000, p. 29.

⁴⁸¹ BEL, Germá, p. 37.

⁴⁸² BEL, Germá, p. 37.

⁴⁸³ CAIRAMPOMA, Alberto. “El servicio universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”. En: Revista de derecho administrativo. Lima. No. 12, 2012, p. 176.

medio por el cual se trataría de llevar a cabo una eficiente prestación de los servicios para todos⁴⁸⁴.

En esta línea, este autor ha concluido que “el nuevo modelo económico producto de los procesos de liberalización presupone que **los llamados a actuar en las actividades económicas son los particulares** en ejercicio de algunos derechos como son la iniciativa privada y la libertad de empresa, los cuales se ejercen **en un contexto de libre competencia**”⁴⁸⁵ (énfasis agregado).

Sobre el particular, la autora Josefina CORTES CAMPOS señala que en términos generales:

*(...) la liberalización se traduce en un conjunto de medidas estatales que eliminan el monopolio en la gestión y/o titularidad de una actividad y favorecen la competencia en un mercado determinado, **mediante una regulación que propicia la participación de presentes y futuros competidores**, bajo los principios de no-discriminación, transparencia y plena competencia⁴⁸⁶ (énfasis agregado).*

Considerando lo expuesto, respecto a la distinción conceptual entre la desregulación, liberalización y privatización, SANTIVÁÑEZ ha señalado lo siguiente:

*La desregulación generalmente es confundida con liberalización y privatización, pero estos son conceptos distintos. **La desregulación de una industria involucra más que la apertura de la industria respectiva a la competencia (liberalización) y la transferencia de propiedad, gestión y participación en el accionariado que el Estado mantiene en dicha industria, al sector privado (privatización)**. Por ejemplo, un mercado podría ser liberalizado o abrirse a la competencia, y empresas de propiedad estatal podrían aún continuar participando en dicho mercado; o, por el contrario, algunas compañías estatales podrían ser privatizadas sin que se fijen estándares de competencia en el mercado respectivo. **La desregulación involucra ambos conceptos**, esto es, liberalización y privatización, ya que impone estándares de competencia en la industria respectiva, así como un cambio en el rol y la participación del Estado en la industria o*

⁴⁸⁴ CAIRAMPOMA, Alberto, 2012; p. 176.

⁴⁸⁵ CAIRAMPOMA, Alberto. “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”. En: *Aportes para un Estado eficiente. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra: Lima, 2012, p. 318.

⁴⁸⁶ CORTÉS CAMPOS, Josefina. *Derecho administrativo y sector eléctrico. Elementos de regulación*. Editorial Porrúa: México, 2007, p. 172.

industrias involucradas ya que, de proveedor y planificador, el Estado se convierte en un regulador-promotor del mercado.

Más aún, **la desregulación no consiste en la eliminación o reducción de la regulación existente**. Involucra un cambio en (i) el propósito y los objetivos de la regulación, ahora enmarcada en un estándar de mercado competitivo, lo cual generalmente origina un incremento en el volumen efectivo de regulación; y (ii) el rol y la responsabilidad del Estado, ya que de proveedor y/o planificador de un servicio o bien en particular, el Estado se convierte en auspiciador, sustituto y supervisor de los estándares de competencia en el mercado respectivo. **El nuevo rol del Estado** será entonces definido de acuerdo a los lineamientos antes descritos⁴⁸⁷ (énfasis agregado).

Por su parte, ZEGARRA ha explicado la relación entre liberalización y privatización, señalando que la primera “puede dar lugar a privatizaciones en el sentido estricto del concepto **en donde la renuncia del Estado a la explotación de un determinado servicio implique el traspaso de activos públicos a adquirentes privados**”⁴⁸⁸ (énfasis agregado). En ese sentido, señala que la liberalización suele acompañar a la privatización “pero puede que no tenga nada que ver con ella, ya que **una cosa es que se vendan empresas públicas (privatización) y otra la de favorecer la competencia**”⁴⁸⁹ (énfasis agregado).

En esta línea, este mismo autor sostiene que la desregulación debe ser entendida como un instrumento de la liberalización, en la medida que “dependerá del Estado y del sector económico para que la liberalización pase por un proceso de desregulación, en donde más allá de suprimirse normas por lo general se produce una mayor regulación, lo que en la práctica supondría que estemos hablando de una **neorregulación**”⁴⁹⁰ (énfasis agregado). Ello, en la medida que se dictarán “**nuevas reglas en las que se establezca el modo en el que el Estado va a actuar como**

487 SANTIVÁÑEZ SEMINARIO, Roberto, p. 16-17.

488 ZEGARRA, Diego. Servicio público y regulación: Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Palestra Editores: Lima. 2005, p. 99.

489 ZEGARRA, Diego. 2005, p. 99.

490 ZEGARRA, Diego. 2005, p. 100.

árbitro vigilante de la actividad económica (...) lo que algunos han llamado la “**re-regulación**”⁴⁹¹ (énfasis agregado).

Queda claro, pues, que si bien se trata de tres conceptos distintos, en la práctica, la liberalización, la privatización y la desregulación suelen coincidir, pues como se ha desarrollado en los párrafos anteriores están asociados al rol del Estado en la economía y, en ese sentido, son utilizados por los Estados como instrumentos de cambio. Conviene; sin embargo, hacer una precisión en este punto.

Algunos autores han entendido la liberalización, que como hemos visto supone “la apertura del mercado a la libre competencia, de forma que cualquier empresa pueda operar en estos mercados”⁴⁹², como la total eliminación de la intervención directa del Estado en la economía y, en ese sentido, la desaparición de las empresas estatales o, más específicamente, su privatización. En ese sentido, autores como Rafael CABALLERO SÁNCHEZ señalan que:

*En una situación de desarrollo general como la que vive Occidente, **el Estado no tiene por qué remangarse y participar como un particular más** en la producción de bienes y en la prestación de servicios de carácter empresarial o económico. **Basta con que entregue esas actividades a la iniciativa privada, mediante los distintos procesos de liberalización y privatización que estamos viviendo**, centrando su papel en vigilar para que no se alteren ni perviertan las condiciones de competencia, de manera que sea la libre pugna empresarial el motor de atención de las necesidades sociales, incluso en campos básicos o fundamentales*⁴⁹³ (énfasis agregado).

Desde un punto de vista más extremo, este autor incluso advierte que:

*(...) **para los defensores a ultranza de la liberalización, incluso la misma actividad de regulación debe constituir un estadio transitorio**, de intensidad decreciente, en cuanto implica de por sí intervención externa de los poderes públicos restrictiva de la*

⁴⁹¹ ZEGARRA, Diego. 2005, p. 100.

⁴⁹² BOIX PALOP, Andrés. Cohesión social y liberalización de servicios públicos. Universidad de Valencia. Trabajo de Investigación, 2001, p. 96.

⁴⁹³ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. Infraestructura en Red y Liberalización de los Servicios Públicos, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 2003, p. 45.

*competencia, que sólo se justifica en los periodos de salida de situaciones de reserva o monopolio como el presente, pero no a medio y largo plazo*⁴⁹⁴ (énfasis agregado).

No obstante, consideramos que este tipo de posturas no son acertadas, pues como hemos visto, además de que ambos términos tienen significados y finalidades distintos, puede darse la liberalización sin privatización y viceversa. En ese sentido, las empresas estatales pueden operar en un mercado liberalizado cumpliendo con las reglas de la libre competencia. Un ejemplo claro de esto es la experiencia en la Unión Europea, como lo ha explicado el autor Andrés BOIX PALOP a continuación:

*(...) **el diseño de la liberalización realizado desde la Unión Europea no impone**, de acuerdo con el principio de neutralidad del artículo 295 TCE, **la exclusión del sector de las empresas públicas**. **La participación de empresas públicas en el sector es perfectamente posible** siempre y cuando el régimen de intervención pública respete las disposiciones de los artículos 86 y 87 del Tratado. De forma que incluso es posible la creación de una empresa pública para asegurar la prestación de servicios de los contenidos en el artículo 86.2 TCE. Cuando el desarrollo de las funciones de interés económico general vinculadas a la gestión de un determinado servicio (como pueden ser los objetivos en materia de cohesión) no puedan ser alcanzados de otra manera es posible exceptuar el régimen general. De forma que ante la existencia de servicios que deban ser garantizados para propiciar la reducción de las desigualdades, y constatada la necesaria intervención pública para que esta se produzca, es posible recurrir a la subvención pública*⁴⁹⁵ (énfasis agregado).

Es necesario dejar en claro lo anterior pues se tiene, a nuestro parecer, la inexacta idea de que no se pueden mantener o crear empresas estatales en un mercado liberalizado o abierto a la libre competencia. En ese sentido, CABALLERO SÁNCHEZ ha señalado que “la liberalización de una actividad no exige de por sí la entrega en manos privadas del monopolio natural”⁴⁹⁶. De este modo, en el caso específico de los mercados de infraestructuras de red como la electricidad este autor ha sostenido que:

*A la hora de privatizar sociedades públicas que operaban en regímenes de monopolio para prestar servicios públicos económicos, **se podía haber conservado en manos del***

⁴⁹⁴ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael; pp. 51-52.

⁴⁹⁵ BOIX PALOP, Andrés, p. 96

⁴⁹⁶ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. Infraestructura en Red y Liberalización de los Servicios Públicos, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 2003, p. 250.

Estado la parte dedicada a infraestructuras, que quedaría convertida en un órgano imparcial de gestión del tráfico a través de las mismas y de atención a los intereses generales (en la ampliación de la red, en la conexión de la red con todo usuario y en otras obligaciones de servicio público)⁴⁹⁷ (énfasis agregado).

Esto último va en la línea de lo señalado por el autor Santiago GONZALEZ-VARIAS respecto a que el hecho de que los servicios públicos de infraestructura de red sean sometidos a un proceso de liberalización e incluso privatización no significa que éstos hayan perdido toda singularidad frente a los demás mercados⁴⁹⁸. En efecto, conforme a lo señalado por este autor, todos estos sectores continúan presentando ciertos rasgos comunes que los hacen singulares “tales como su característica vinculación a la red, la marcada presencia de intereses públicos, etc.”⁴⁹⁹.

Al respecto, ZEGARRA ha señalado que la liberalización, que implica la desaparición de los monopolios públicos, debería entenderse como “que **tanto empresas privadas como empresas públicas** (en caso de que se reconozca la libre iniciativa económica a la Administración) **puedan competir en régimen de leal competencia**”⁵⁰⁰ (énfasis agregado). Esta posición es coherente con la Constitución peruana, en cuyo artículo 60°, además de reconocer el principio de subsidiariedad, dispone en su primer párrafo que “El Estado reconoce el **pluralismo económico**. La economía nacional se sustenta en la **coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa**”. Y culmina en su tercer párrafo con lo siguiente: “**La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal**” (énfasis agregado).

No obstante, los autores Alberto CAIRAMPOMA y Guelly SOLAR, coincidiendo con los autores NORIEGA y ARIÑO, advierten:

⁴⁹⁷ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, p. 250.

⁴⁹⁸ GONZALEZ-VARAS, Santiago. “¿Del servicio público a los mercados de interés general?”. En: Cuadernos de Derecho público. No. 12, 2001; p. 67.

⁴⁹⁹ GONZALEZ-VARAS, Santiago; p. 67.

⁵⁰⁰ ZEGARRA, Diego. Servicio público y regulación: Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Palestra Editores: Lima. 2005, p. 112.

(...) el riesgo de crear empresas estatales dentro de este contexto de libre competencia, porque “la empresa pública fácilmente desemboca en un servicio subvencionado (o gratuito) atractivo sin duda para el consumidor, pero devastador para cualquier otro modelo de negocio alternativo. **Donde aparece la empresa pública, fácilmente desaparece el mercado (porque se falsea la competencia) y ello será a la larga peor para el usuario**”⁵⁰¹ (énfasis agregado).

En efecto, la creación de empresas estatales –y también la operación de empresas estatales constituidas antes de la liberalización del mercado- en un contexto de libre competencia supone un amplio debate -en particular en el caso peruano, teniendo en cuenta las condiciones establecidas en la Constitución de 1993 y su posterior desarrollo normativo y jurisprudencial previamente analizado- ya que el Estado debe respetar su rol subsidiario conforme al cual, en términos simples, no debe intervenir directamente en la economía, salvo en defecto de la oferta privada.

Por ello, como señala CORTES CAMPOS, “para diversos autores **el fundamento ideológico del proceso de liberalización se encuentra en el principio de subsidiariedad, según el cual, todo lo que puede hacer el individuo –en el ejercicio de sus derechos y libertades-**, las entidades menores o intermedias, no deben hacerlo las entidades mayores en cuyo extremo se encuentra el Estado”⁵⁰² (énfasis agregado). De allí la importancia de hacer esta precisión en la presente investigación.

Más allá de los desafíos que representan la creación y operación de empresas estatales en un mercado liberalizado, debe quedar claro que “**la liberalización no es el acta de defunción de los fines de interés público** que el servicio público pretendía conseguir, en realidad es otra forma de conseguir esos mismos fines en un

⁵⁰¹ CAIRAMPOMA, Alberto; Guelly SOLAR. El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones. Editorial Aduis: Arequipa. 2010, p. 325. Op. Cit. NORIEGA SANDBERG, Raquel y Gaspar ARIÑO, “Liberalización y competencia en el sector de las telecomunicaciones (1998-2003)”, en: ARIÑO, Gaspar (Dir.), Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003) – Resúmenes Ejecutivos, Comares, Granada, 2004, p. 37.

⁵⁰² CORTÉS CAMPOS, Josefina, p. 172.

contexto de competencia”⁵⁰³ (énfasis agregado). Por ello, lo más aconsejable es “la utilización del término liberalización “a sabiendas de que la misma no excluye medidas públicas de intervención en garantía de la satisfacción de necesidades públicas esenciales”⁵⁰⁴.

No obstante, otros autores como BOIX PALOP, van un poco más allá, al afirmar que “**la liberalización** de los mercados de servicios económicos estudiados y las políticas de fomento **y** salvaguarda de **la libre competencia no son suficientes** para resolver todos los problemas que la nueva situación puede generar”⁵⁰⁵ (énfasis agregado). Ello en la medida que “la existencia de valores y objetivos ajenos a la lógica estrictamente económica, y en ocasiones contrarios a las respuestas económicamente óptimas, exige una intervención pública adicional que vele por su respeto”⁵⁰⁶.

De este modo, Juan Martín GONZÁLEZ MORAS concluye que: ““**Las necesidades sociales**, en tanto colectivas o comunes, y en tanto impliquen reclamos materiales o económicos, **no podrán ser nunca delimitadas (designadas en tanto tales) y mucho menos satisfechas exclusivamente por el mercado**”⁵⁰⁷ (énfasis agregado). Conviene mencionar que este autor critica las reglas o parámetros de eficiencia y eficacia afirmando que son esencialmente “economicistas”⁵⁰⁸.

Al respecto, Tomás-Ramón FERNANDEZ advirtió que “la fe en el mercado permanece (...) pero la conciencia de sus límites (...) obliga a buscar un **equilibrio entre la competencia y las exigencias del interés general**”⁵⁰⁹ (énfasis agregado). En esa

⁵⁰³ CORTÉS CAMPOS, Josefina, p. 173.

⁵⁰⁴ CORTÉS CAMPOS, Josefina, p. 173. Op. Cit. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. “Constitución y modelo económico liberalizador”. Cuadernos de Derecho Público. No. 9, enero-abril, INAP. 2000.

⁵⁰⁵ BOIX PALOP, Andrés; p. 128.

⁵⁰⁶ BOIX PALOP, Andrés; p. 128.

⁵⁰⁷ FERNANDEZ, Tomás-Ramón. “Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy”. En: Revista de administración pública. No. 150. 1999, p. 194.

⁵⁰⁸ FERNANDEZ, Tomás-Ramón; p. 194.

⁵⁰⁹ FERNANDEZ, Tomás-Ramón; p. 69.

línea, GONZÁLEZ MORAS precisa que “Lo que se “privatiza”, pues, es la gestión de las actividades de servicios públicos, no el sujeto titular. Por lo que, por otra parte, **no se “entrega” completamente la actividad al mercado; aquél, en efecto, no podrá dictar las “reglas del juego” en todo lo concerniente a la satisfacción de las específicas necesidades inherentes al servicio público**”⁵¹⁰ (énfasis agregado).

De este modo, coincidimos con CAIRAMPOMA, quien citando a ARIÑO concluye que “frente a la crisis del estado del Bienestar, no basta decir: “volvamos al estado liberal, al estado mínimo”; sería un simplismo. Frente a la sociedad urbana y compleja en la cual lo colectivo ha sustituido a lo individual, el proceso no tiene vuelta atrás. Por ello, frente a la utopía socialista, también hay que huir de la “locura liberal”, que cree que el estado puede ser suprimido y que todo puede ser privatizado”⁵¹¹.

Considerando lo anterior, a continuación, se desarrollarán los procesos de promoción de la inversión privada llevados a cabo por COPRI en las empresas estatales que operaban en la industria eléctrica en los años 90, que como señalamos previamente consistieron principalmente en su privatización:

Privatización de ELECTROLIMA – Resolución Suprema N° 289-92-EM

La referida Resolución Suprema ratificó el acuerdo adoptado por COPRI para incluir a ELECTROLIMA en el proceso de promoción de la inversión privada del Decreto Legislativo N° 674. Asimismo, se constituyó el Comité Especial de Privatización de ELECTROLIMA (CEPREL).

⁵¹⁰ GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. Colección de Derecho Público. Ad-Hoc S.R.L.: Buenos Aires. Primera edición: 2000, p. 165.

⁵¹¹ CAIRAMPOMA, Alberto. “El servicio universal en el sector eléctrico peruano: Análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”. En: Revista de derecho administrativo. Lima. No. 12. 2012, p. 177. Op. Cit. ARIÑO, Gaspar. Principios de derecho Público económico. Ara editores y Ariño asociados, Lima, 2004, p. 150

En virtud de la ya referida disposición de la LCE y su reglamento respecto a la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución, se escindió ELECTROLIMA en las siguientes cinco empresas⁵¹²: **(1)** Empresa de Distribución de Energía Eléctrica de Lima Norte S.A. (EDELNOR); **(2)** Empresa de Distribución de Energía Eléctrica de Lima Sur S.A. (EDELSUR); **(3)** Empresa de Generación Eléctrica de Lima S.A. (EDEGEL); **(4)** Empresa de Distribución de Energía Eléctrica de Chancay S.A. (EDECHANCAY); y, **(5)** Empresa de Distribución de Energía Eléctrica de Cañete S.A. (EDECAÑETE).

La estrategia de COPRI, y que se describe en el informe titulado “Evaluación del proceso de privatización sector eléctrico”⁵¹³, consistió en la venta de las cinco empresas en las que ELECTROLIMA fuera escindida⁵¹⁴. Es interesante observar que se planeó incluso el orden en el que estas empresas serían adjudicadas. De este modo, se privatizó, en primer lugar, EDELNOR y EDELSUR, “a fin de que se consoliden y configuren un riesgo aceptable para los inversionistas interesados en EDEGEL”⁵¹⁵.

Posteriormente, correspondía privatizar EDECAÑETE y EDECHANCAY “por ser de un tamaño poco atractivo para nuevos inversionistas, esperando que al consolidarse las dos grandes distribuidoras, éstas se conviertan en potenciales inversionistas de dichas empresas, por ser adyacentes a sus zonas de concesión”⁵¹⁶.

Teniendo esta información en cuenta, a continuación se muestra una tabla en la que se describe la privatización de las empresas de ELECTROLIMA:

⁵¹² COPRI-Grupo de Análisis de Post Privatización. *Evaluación del proceso de privatización sector eléctrico (Informe Largo)*. Febrero 2000, p. 6. (Informe largo COPRI).

⁵¹³ Informe largo COPRI, desde página 7 en adelante.

⁵¹⁴ Informe largo COPRI, p. 7.

⁵¹⁵ Informe largo COPRI, p. 7.

⁵¹⁶ Informe largo COPRI, p. 7.

No.	Año	Empresa estatal	Descripción	Adjudicatario
1.	1994	Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A. (EDELNOR)	Venta de 60% de acciones de propiedad de ELECTROLIMA en una sola convocatoria. En la medida que solo se presentaron Chilectra (Chile), Endesa (España) y Electricité (Francia), y Houston Industries, el Comité Especial de Privatización de ELECTROLIMA (CEPREL), a fin de incrementar la competencia, postergó el proceso ⁵¹⁷ .	Inversiones Distrilima S.A.
2.	1994	Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Sur S.A. (EDEL SUR, hoy Luz del Sur)	Venta de 60% de acciones de propiedad de ELECTROLIMA. El aplazamiento en el cronograma de EDELNOR y EDEGEL permitió que las empresas distribuidoras no adjudicadas reconfiguraran consorcios ⁵¹⁸ . El concurso estuvo suspendido 9 meses desde octubre de 1994, reactivándose en julio de 1995.	Ontario-Quinta A.V.V.
3.	1994-95	Empresa de Generación Eléctrica de Lima S.A. (EDEGEL)	Venta de 60% de acciones de propiedad de ELECTROLIMA. En esta oportunidad, a fin de facilitar la participación de empresas nacionales, no se exigió como parte de los requisitos de precalificación la experiencia previa. Nuevamente, dado que CEPREL identificó que solo Inversiones Distrilima S.A. y Luz del Sur S.A., se aplazó el cronograma del concurso. El concurso de EDECAÑETE quedó desierto ⁵¹⁹ . Para la segunda subasta de EDECAÑETE, solo presentó oferta económica Luz del Sur S.A. ⁵²⁰	Generandes Co.
4.	1996	Empresa de Distribución Eléctrica de Cañete S.A. (EDECAÑETE)	Venta de 60% de acciones de propiedad de ELECTROLIMA. En esta oportunidad, a fin de facilitar la participación de empresas nacionales, no se exigió como parte de los requisitos de precalificación la experiencia previa. Nuevamente, dado que CEPREL identificó que solo Inversiones Distrilima S.A. y Luz del Sur S.A., se aplazó el cronograma del concurso. El concurso de EDECAÑETE quedó desierto ⁵¹⁹ . Para la segunda subasta de EDECAÑETE, solo presentó oferta económica Luz del Sur S.A. ⁵²⁰	Luz del Sur S.A.
5.	1996	Empresa de Distribución Eléctrica de Chancay S.A. (EDECHANCA Y)	Venta de 60% de acciones de propiedad de ELECTROLIMA. En esta oportunidad, a fin de facilitar la participación de empresas nacionales, no se exigió como parte de los requisitos de precalificación la experiencia previa. Nuevamente, dado que CEPREL identificó que solo Inversiones Distrilima S.A. y Luz del Sur S.A., se aplazó el cronograma del concurso. El concurso de EDECAÑETE quedó desierto ⁵¹⁹ . Para la segunda subasta de EDECAÑETE, solo presentó oferta económica Luz del Sur S.A. ⁵²⁰	Inversiones Distrilima S.A.

Privatización de las empresas de ELECTROPERU - Resolución Suprema N° 289-

92-EM⁵²¹

⁵¹⁷ Resumen Ejecutivo ELECTROLIMA p.19. Consulta: 24 de marzo de 2016.
http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAELECTROLIMA/Resumen_Ejecutivo_Electrolima.pdf

⁵¹⁸ Resumen Ejecutivo ELECTROLIMA, p. 23.

⁵¹⁹ Resumen Ejecutivo ELECTROLIMA, p. 30-32.

⁵²⁰ Resumen Ejecutivo ELECTROLIMA, p. 33-34.

ELECTROPERU fue incluido en el proceso de promoción de la inversión privada del Decreto Legislativo N° 674, en virtud de la misma Resolución Suprema que incluyó a ELECTROLIMA. En su caso, se constituyó el Comité Especial de Privatización de ELECTROPERU (CEPRE).

De manera similar al caso de ELECTROLIMA, para los fines de su privatización, se constituyeron las siguientes dos empresas sobre la base de centrales de generación de ELECTROPERU⁵²²: **(1)** Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. (EGENOR), con las Centrales Hidroeléctricas Carhuaquero y Cañón del Pato, así como las Centrales Térmicas Chimbote, Trujillo, Chiclayo y Piura; y, **(2)** Empresa de Generación Eléctrica Cahua S.A., con la Central Hidroeléctrica Cahua.

A manera ilustrativa, en la siguiente tabla se describe la privatización de las empresas de ELECTROPERU:

No.	Año	Empresa estatal	Descripción	Adjudicatario
6.	1994	Empresa de Generación Eléctrica Cahua S.A.	Venta de 60% de acciones de propiedad de ELECTROPERU. No podían presentar oferta económica los postores pre-calificados del concurso EDEGEL, los adjudicatarios del concurso EDELNOR y el concurso EDELSUR. Estuvo orientado hacia inversionistas locales, aplicándose el sistema de pago diferido nacional "promoción empresarial", pues los inversionistas nacionales no contaban con los fondos para venta al contado. Esta primera venta permitió que el Comité Especial de Privatización de ELECTROPERU (CEPRE) adquiriera	Sindicato Pesquero del Perú S.A.

⁵²¹ Conviene señalar que el concurso para la privatización del Suministro Eléctrico de Tumbes se declaró desierto. El único postor que presentó oferta económica no pudo completar los requisitos financieros exigidos. Resumen Ejecutivo ELECTROPERU, p. 8.

⁵²² Informe largo COPRI, p. 14-15.

			experiencia en la ejecución de este tipo de operaciones ⁵²³ .	
7.	1996	Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A. (EGENOR)	Venta del 60% de las acciones de propiedad de ELECTROPERU.	Inversiones Dominion Perú S.A.

Posteriormente, tal y como se señala en el informe de COPRI, “al CEPRI de ELECTROPERU se le encargó la privatización de ETEVENSA, empresa propietaria de la central térmica de Ventanilla, así como la Empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA), empresa creada con las plantas de generación térmica de PETROPERU en la zona de Talara”⁵²⁴. Adicionalmente, en 1996, COPRI aprobó incluir la privatización de EGESUR, que se constituyó a partir de la Central Hidroeléctrica Aricota y la Central Térmica Calana⁵²⁵. Estas empresas estatales se privatizaron de la siguiente manera:

No.	Año	Empresa estatal	Descripción	Adjudicatario
8.	1996	Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. (ETEVENSA)	Incorporación un socio mayoritario ⁵²⁶ en ETEVENSA para instalar un mínimo de 200 MW adicionales (inversión capitalizable) para una central térmica. El resultado final fue que el adjudicatario superó su oferta inicial de 280 MW e instaló 300 MW ⁵²⁷ .	Generalima S.A.
9.	1996	Empresa de Generación del Sur S.A. (EGESUR)	Incorporación de un socio mayoritario en el capital de EGESUR para instalar un mínimo de 100 MW adicionales en el Sistema Eléctrico Suroeste ⁵²⁸ .	Este proceso fue suspendido, tomándose la decisión de privatizarla junto con EGASA, mediante Resolución Suprema N°

⁵²³ Resumen Ejecutivo ELECTROPERU, p. 8. Consulta: 24 de marzo de 2016. http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAELECTROPERU/Resumen_Ejecutivo_Electroperu.pdf

⁵²⁴ Informe largo COPRI, p. 15.

⁵²⁵ Informe largo COPRI, p. 19.

⁵²⁶ Informe largo COPRI, p. 16.

⁵²⁷ Resumen Ejecutivo ELECTROPERU, p. 8.

⁵²⁸ Informe largo COPRI, p. 19.

				438-96-PCM ⁵²⁹ .
10.	1996	Empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA)	Incorporación de un socio mayoritario ⁵³⁰ en EEPSA para instalar un mínimo de 80 MW de potencia adicionales (inversión capitalizable) y promover la modernización de las instalaciones de tratamiento del gas de PETROPERU en Talara, incorporadas a los activos de EEP ⁵³¹ .	Eléctrica Cabo Blanco S.A.

Privatización de las Empresas Regionales – Resolución Suprema N° 355-92-PCM

Esta Resolución Suprema incluyó a las Empresas Regionales del Servicio Público de Electricidad que, como fue señalado previamente, se constituyeron en virtud del artículo 133° de la Ley General de Electricidad. El Comité Especial para su privatización y el plan de privatización de estas empresas se aprobó en actos posteriores⁵³².

Las empresas regionales incluidas en este plan son las siguientes 11⁵³³: **(1)** ELECTRO SUR MEDIO S.A.; **(2)** ELECTRO NORTE MEDIO S.A.; **(3)** ELECTRO CENTRO S.A.; **(4)** ELECTRO NORTE S.A.; **(5)** ELECTRO NOROESTE S.A. (ENOSA); **(6)** ELECTROSUR S.A.; **(7)** SEAL ⁵³⁴; y, **(8)** ELECTRO SUR ESTE S.A.

Los procedimientos que se siguieron para la privatización de estas empresas se describen a continuación:

No.	Año	Empresa estatal	Descripción	Adjudicatario
11.	1996	Electro Sur Medio S.A.	Venta del 100% de acciones. Nuevamente se tuvo como objetivo atraer	HICA Inversiones

⁵²⁹ Informe largo COPRI, p. 20.

⁵³⁰ Informe largo COPRI, p. 20.

⁵³¹ Resumen Ejecutivo ELECTROPERU, p. 8.

⁵³² Resoluciones Supremas N° 174-96-PCM y N° 311-96-PCM, respectivamente.

⁵³³ Informe largo COPRI, p. 23.

⁵³⁴ La Empresa Regional del Servicio Público de Electricidad del Sur Oeste es SEAL, por lo que se entiende que cuando COPRI menciona a ELECTRO SUR OESTE S.A. en su informe, se refiere a la primera.

			la inversión nacional. Adicionalmente, se determinó que el adjudicatario firmaría un compromiso de inversión ⁵³⁵ .	S.A.
12.	1998	Electro Noroeste S.A. (ENOSA)	Venta del 30% de las acciones de cada una de estas empresas, teniendo la opción de aumentar este porcentaje un 30% más en el plazo no mayor de 2 años ⁵³⁶ , en una sola convocatoria.	Empresa José Rodríguez Banda S.A.
13.		Electro Norte S.A.		
14.		Electro Norte Medio S.A. (HIDRANDINA)		
15.		Electro Centro S.A.		

Venta de acciones remanentes⁵³⁷ – Resolución Suprema N° 371-94-PCM⁵³⁸

Como se puede observar, la venta de acciones en las empresas estatales eléctricas involucró “paquetes accionarios mayoritarios a fin de permitir a los adquirentes de cada una de ellas (operadores privados estratégicos), ejercer el control correspondiente”⁵³⁹. Las participaciones accionarias restantes de titularidad estatal de las empresas Luz del Sur, EDELNOR, EDEGEL, EGENOR, CAHUA, EEPSA y ETEVENSA fueron transferidas al sector privado⁵⁴⁰.

Otros procesos de promoción de la inversión privada en el sector eléctrico

Para fines prácticos, a continuación, se detallan otros procedimientos que se llevaron a cabo durante esta etapa de promoción de la inversión privada en la industria eléctrica⁵⁴¹:

⁵³⁵ Resumen Ejecutivo Electro Sur Medio, p. 6-7. Consulta: 24 de marzo de 2016. http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAELECTROSURMEDIO/Resumen_Ejecutivo_o_Electro_Sur_Medio.pdf

⁵³⁶ Resumen Ejecutivo Empresas Regionales de Electricidad, p. 4. Consulta: 24 de marzo de 2016. http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAEERREE/Resumen_Ejecutivo_Empresas_Regionales_de_Electricidad.pdf

⁵³⁷ Informe largo COPRI, a partir de p. 29 en adelante.

⁵³⁸ Esta Resolución Suprema constituyó el Comité Especial de Participación Ciudadana, encargado de la privatización de las acciones remanentes de titularidad estatal en empresas eléctricas. Informe largo COPRI, p. 29.

⁵³⁹ Informe largo COPRI, p. 29.

⁵⁴⁰ Informe largo COPRI, pp. 29-30.

⁵⁴¹ Informe largo COPRI, pp. 32-36.

No.	Año	Empresa estatal/proyecto	Descripción	Adjudicatario
16.	1997	Línea de Transmisión Mantaro-Socabaya	Derecho a desarrollar el proyecto en la forma de concesión Build-Own-Operate-Transfer (BOOT) ⁵⁴² .	Consortio Transmantaro S.A.
17.	1998	Reforzamiento sistemas eléctricos de transmisión del sur	Derecho a desarrollar el proyecto en la forma de concesión y modalidad BOOT ⁵⁴³ .	Red Eléctrica de España S.A.
18.	2001	Electroandes S.A. ⁵⁴⁴	Venta del 100% de acciones y contrato de usufructo de la Central de Yuncán, en la medida que ambos hacen uso de los recursos hídricos de las cuencas de los ríos Paucartambo y Huachón ⁵⁴⁵ .	Inversiones Elegia S.R.L.
19.	2001	Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. (ETECEN)	Entrega en concesión de los sistemas de transmisión Eléctrica del Estado (ETECEN-ETESUR), que se encargará de la explotación, operación, prestación del servicio y mantenimiento de la infraestructura eléctrica existente por un plazo de 30 años ⁵⁴⁶ .	Interconexión Eléctrica S.A.. – E.S.P. ISA (Red de Energía del Perú S.A.)
20.	2001	Empresa de Transmisión Eléctrica del Sur S.A. (ETESUR)		

Conclusiones

Como comentario general del proceso de promoción de la inversión privada aquí descrito, suscribimos la opinión de SANTIVÁÑEZ, autor que en el 2001 concluyó que: “La privatización de las empresas eléctricas empezó con paso firme en 1994, para luego desacelerar en 1997. En 1998, se produjeron nuevos intentos de privatización,

⁵⁴² Informe largo COPRI, p. 33.

⁵⁴³ Informe largo COPRI, p. 35.

⁵⁴⁴ Fue creada como subsidiaria de Centromin Perú S.A. a fin de privatizar el sistema eléctrico. Resumen Ejecutivo Electroandes, p. 5. Consulta: 24 de marzo de 2016. http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAELECTROANDES/Resumen_Ejecutivo_Electroandes.pdf

⁵⁴⁵ Resumen Ejecutivo Electroandes, p. 6.

⁵⁴⁶ Resumen Ejecutivo ETECEN-ETESUR. Consulta: 25 de marzo de 2016. http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PAETECENETESUR/Resumen_Ejecutivo_EtecenEtesur.pdf

pero desde ese entonces y hasta la fecha del presente estudio [noviembre de 2001] ninguna otra empresa eléctrica estatal ha sido transferida al sector privado”⁵⁴⁷.

Adicionalmente, este autor advirtió lo siguiente: “(...) entre 1996 y 1999, la privatización de seis compañías se vio interrumpida sin explicación oficial alguna. Este es el caso de tres empresas de generación: EGESUR, EGASA y EGEMSA; y tres empresas de distribución: ELECTRO SUR, ELECTRO SUR ESTE y SEAL”⁵⁴⁸. En efecto, como se advierte de lo anterior, quedó pendiente privatizar la Central Hidroeléctrica Mantaro⁵⁴⁹ (de titularidad de ELECTROPERU), ELECTROSUR, ELECTRO SUR ESTE, EGEMSA, EGASA y EGESUR, ELECTRO ORIENTE, SEAL⁵⁵⁰, EGESEN, ADINELSA y SAN GABAN.

“Arequipazo”: El intento de privatización de EGASA y EGESUR

Del informe de COPRI se desprende que, en principio, el proceso de promoción de la inversión privada continuaría con las empresas estatales eléctricas restantes. Sin embargo, no se privatizaron más empresas estatales de este sector. El último intento público de privatización fue el de las empresas estatales EGASA y EGESUR.

Como fue señalado previamente, mediante Resolución Suprema N° 436-96-PCM, se suspendió el proceso de promoción de la inversión privada de EGESUR, que tenía como finalidad incorporar un socio mayoritario para instalar un mínimo de 100 MW adicionales en el Sistema Eléctrico Suroeste, pues COPRI optó por privatizar esta empresa conjuntamente con EGASA, otra generadora estatal. Es así que en el 2002

⁵⁴⁷ SANTIVÁÑEZ, Roberto, pp. 31-32.

⁵⁴⁸ SANTIVÁÑEZ, Roberto, p. 32.

⁵⁴⁹ Informe largo COPRI, p. 67.

⁵⁵⁰ Se considera que por error COPRI incluyó a SEAL y a ELECTRO SUR OESTE S.A. por separado, cuando en realidad son dos denominaciones para la Empresa Regional del Servicio Público de Electricidad del Sur Oeste.

se convocó el Concurso Público Internacional N° 01 – Generación Eléctrica para la adquisición del 100% de las acciones de EGASA y EGESUR⁵⁵¹.

El adjudicatario de este concurso fue Tractebel S.A., empresa que incluso solicitó a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI autorización para la operación de concentración que resultaría de las adquisiciones de ambas empresas estatales, siendo que Tractebel era titular de la empresa de generación y distribución Energía del Sur S.A. (Enersur) y la empresa de distribución de gas Gas Natural de Lima y Callao S.R.L. (Calidda)⁵⁵².

No obstante, la privatización de estas empresas trajo consigo una serie de críticas que han sido resumidas por la autora Ariela RUIZ-CANO en el 2002 (un año después de emitido el informe de COPRI):

El punto neurálgico del debate gira en torno a la privatización de dos empresas generadoras de energía eléctrica: EGASA y EGESUR. El gobierno reconoce que ambas empresas son rentables y han dejado utilidades, pero requieren de aportes de inversión y capital permanentemente, ya que deben ir creciendo al encontrarse en un entorno sumamente competitivo como consecuencia de la interconexión eléctrica. Dichas empresas compiten con otras del Sistema Interconectado Nacional como la Central Hidroeléctrica del Mantaro de Electroperú, con las centrales de generación de Edegel, entre otras.

*Las autoridades sostienen que las referidas compañías de generación eléctrica, EGASA y Egesur, trabajan con un 30 ó 40% de su capacidad, lo cual hace necesaria su privatización para ampliar las inversiones, mejorar su efectividad y poder generar mayor empleo. En ese sentido, **se afirma que no es suficientemente válido argumentar que estas empresas no deberían ser privatizadas por el hecho que registran utilidades, ya que no disponen de los recursos necesarios para poder competir.** Al momento de redactarse este informe, **se tuvo que dejar en suspenso la adjudicación de EGASA a TRACTEBEL, asunto que deberá resolver el Poder Judicial. Se estima que debido a la fuerte oposición difícilmente se concretaría la privatización de EGASA** (énfasis agregado).*

⁵⁵¹ Informe N° 011-2002-INDECOPI/CLC del 7 de noviembre de 2002, numeral 13. Consulta: 28 de marzo de 2016.

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Inf011-2002.pdf>

⁵⁵² Informe N° 011-2002-INDECOPI/CLC, numeral 15.

En efecto, como bien advirtió en su momento RUIZ-CANO, no se concretó la privatización de EGASA y EGESUR. Las protestas principalmente de la población de Arequipa (área de influencia de estas empresas) fueron de tal magnitud⁵⁵³ (denominándose el primero de ellos el 14 de junio como el “arequipazo”) que el alcalde de esa ciudad se comprometió a paralizar el proceso de privatización⁵⁵⁴. Incluso, presentaron una demanda de amparo para detener la venta⁵⁵⁵. Por estas razones, luego de siete meses que duró este conflicto, sin que se logre una solución por parte de las autoridades, Tractebel decidió retirar su oferta⁵⁵⁶, lo que puso fin a este último intento del Estado para transferir estas generadoras estatales al sector privado⁵⁵⁷.

Reflexiones finales sobre el proceso de promoción de la inversión privada en la industria eléctrica en el Perú

Por lo antes expuesto, resulta evidente que los hechos antes descritos configuraron un proceso de promoción de la inversión privada incompleta⁵⁵⁸. Así, si bien quedan claros

-
- ⁵⁵³ Para mayor información ver las siguientes noticias consultadas el 28 de marzo de 2016: <http://larepublica.pe/29-03-2002/privatizacion-en-democracia-egasa-y-egesur>
<http://larepublica.pe/18-06-2002/suspender-privatizacion-de-egasa-y-egesur-levantar-estado-de-emergencia-y-desagraviar-al->
<http://www.lanacion.com.ar/406315-se-extienden-las-protestas-en-peru>
http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_2050000/2050842.stm
http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_2054000/2054853.stm
- ⁵⁵⁴ Documentos del conflicto – La Batalla de Arequipa. En: OSAL: Observatorio Social de América Latina. No. 8 (sep. 2002). Bueno Aires, p. 34. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal8/documentos.pdf>
- ⁵⁵⁵ Evidencia de ello es la Sentencia del 6 de mayo de 2003 del Expediente N° 2715–2002–AA/TC. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02715-2002-AA%20Resolucion.html>
- ⁵⁵⁶ AGUILAR, Giovanna. “El sistema tarifario del servicio público de electricidad, una evaluación desde el punto de vista de los usuarios. Marzo 2003. Documento de Trabajo 24, p. 18. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD224.pdf>
- ⁵⁵⁷ Es importante tener en cuenta que en el 16 de mayo del 2001, durante su campaña electoral, el que luego sería elegido presidente, Alejandro Toledo, firmó un acta del 16 de mayo con los dirigentes y autoridades de Arequipa, conforme al cual “daba su palabra que si obtuviese el triunfo en las elecciones, su gobierno no privatizaría las empresas eléctricas del sur peruano” EGASA y EGESUR. Es por ello que la adjudicación de estas empresas a Tractebel generó la ola de protestas cuyo resultado es ya conocido. HACHA, Moisés. Recordando el levantamiento masivo de Arequipa conocido como el “arequipazo”, p. 2. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.academia.edu/8377161/arequipazo>
También revisar la siguiente noticia consultada el mismo día: <http://larepublica.pe/09-06-2012/arequipazo-la-semilla-de-la-protesta-social-en-democracia>
- ⁵⁵⁸ Frase inspirada en “una experiencia de privatización incompleta”, título del artículo: ALCAZAR, Lorena; NAKASONE, Eduardo; y, TORERO, Maximo. Provision of Public Services and Welfare of

los motivos por los cuales no se privatizaron EGASA y EGESUR, no ocurre lo mismo en el caso de las otras empresas estatales regionales que fueron incorporadas al proceso de promoción de la inversión privada previsto en el Decreto Legislativo N° 674 y que a la fecha continúan siendo de titularidad estatal. Es decir, la Central Hidroeléctrica Mantaro (ELECTROPERU), ELECTROSUR, ELECTRO SUR ESTE, EGEMSA, ELECTRO ORIENTE, SEAL, EGECEEN, ADINELSA y SAN GABAN.

En línea con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 674, una vez que estas empresas estatales fueron incorporadas dentro de este proceso, se debieron adoptar alguna de las modalidades allí establecidas, con el objeto de promover en éstas el crecimiento de la inversión privada. Sin embargo, actualmente estas empresas continúan siendo de titularidad estatal. Habiendo transcurrido ya casi catorce años desde el “arequipazo”, no se ha intentado iniciar nuevamente un proceso de promoción de la inversión privada para EGASA y EGESUR.

A manera de conclusión sobre esta primera parte, resulta pertinente citar lo señalado por el autor Carlos PATRON, respecto a que el intento de privatización de EGASA y EGESUR reveló “la suprema importancia de introducir políticas que fomenten mayor transparencia y una más estricta rendición de cuentas en los procesos de transferencia de activos estatales, así como la necesidad de fortalecer el marco regulatorio e institucional bajo el cual deberán concurrir las empresas privatizadas”⁵⁵⁹. Asimismo, esta experiencia evidencia el carácter político inherente a este sector.

4.1.2 Adjudicación de proyectos hidroeléctricos posterior a los años 90 como una estrategia del Estado para promover la inversión privada en el sector eléctrico

the Poor: Learning from an incomplete electricity privatization experience in rural Peru. Inter-American Development Bank Research Department, p. 1. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr267finaldraft.pdf>

⁵⁵⁹ PATRON, Carlos. “El perro del Hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica”. En: Themis revista de Derecho. Segunda época. Número 52, 2006, pp. 75-91, pp. 90-91.

Luego del intento fallido de privatizar EGASA y EGESUR en el 2002, la estrategia adoptada por el Estado ha sido adjudicar proyectos eléctricos de iniciativa estatal a empresas privadas, usando las modalidades descritas en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 674. En ese sentido, en el 2004, se convocó a concurso público para la adjudicación de la Central Hidroeléctrica Yuncán de EGECEM. Del mismo modo, se adjudicaron la Central Hidroeléctrica Santa Teresa de EGEMSA en el 2010, y la Central Hidroeléctrica Molloco de EGASA en el 2012.

Estos procesos de adjudicación por iniciativa estatal se llevaron a cabo principalmente por la necesidad del Estado de contar con grandes cantidades de inversión, de las que no disponían para la ejecución de estos proyectos. La Central Hidroeléctrica Yuncán, por ejemplo, ubicada en el departamento y provincia de Pasco, es un proyecto que era ejecutado y administrado por EGECEM en virtud del Decreto de Urgencia 81-96, en el que se reconoció la “especial prioridad” de su ejecución dado que permitiría generar hasta 126 MW de potencia y afianzar la oferta energética del entonces denominado sistema interconectado Centro-Norte. Hasta ese momento, este proyecto era financiado con un préstamo otorgado por el Gobierno del Japón⁵⁶⁰, que a su vez era pagado con recursos de financiamiento externo de otros proyectos de interés social⁵⁶¹, y con recursos de CENTROMIN, otra empresa estatal.

Sin embargo, para el 2003, CENTROMIN se quedó sin recursos y el Estado estuvo impedido de continuar financiando este proyecto con los recursos de otros proyectos. Esto tuvo como consecuencia la paralización de las obras de esta central hidroeléctrica, como se describe a continuación: “A partir del primero de mayo de

⁵⁶⁰ A través de The Overseas Economic Cooperation Fund-OECF por la suma de 33,000'000,000.00 Yenes Japoneses y el Contrato de Préstamo N° PE-P14.

⁵⁶¹ Convenio de apoyo a la promoción de la inversión privada en el proyecto de la Central Hidroeléctrica de Yuncán, 20 de junio de 2003, p. 1. Consulta: 9 de julio de 2016.
http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/YUNCAN_DOCS_CIRCULARES/Anexo12_Yuncan.pdf

2003, la ejecución de las obras que a la fecha presenta un avance global del 62% ha sido suspendida debido a la falta de financiamiento; paralización que implica la liquidación de personal, retiro de maquinarias y posibles sobre costos en la ejecución de las obras”⁵⁶². En esta medida, el Estado advirtió la necesidad de incorporar inversión privada a este proyecto, “a fin de que un inversionista aporte los fondos necesarios para la culminación del proyecto y se haga cargo del pago de parte de la deuda con el gobierno japonés”⁵⁶³.

Como resultado de este concurso, el adjudicatario suscribiría un contrato de constitución de usufructo⁵⁶⁴ con EGEN por un período de 30 años. Al término de este período, el adjudicatario tendría “un derecho de preferencia para sustituir la mejor oferta que se presente, en caso el Estado decida convocar a Concurso para la explotación o venta de la Central Hidroeléctrica de Yuncán”⁵⁶⁵. Así, se adjudicó este proyecto a Energía del Sur S.A. (ENERSUR), que actualmente opera la Central Hidroeléctrica Yuncán con una potencia instalada de 130 MW⁵⁶⁶.

Al igual que en el caso anterior, la Central Hidroeléctrica Santa Teresa, ubicada en la provincia de Urubamba en el departamento de Cusco, es un proyecto diseñado por el Estado para aprovechar las aguas del río Vilcanota, previamente turbinadas en la

⁵⁶² Convenio de apoyo a la promoción de la inversión privada en el proyecto de la Central Hidroeléctrica de Yuncán, 20 de junio de 2003, p. 1.

⁵⁶³ Convenio de apoyo a la promoción de la inversión privada en el proyecto de la Central Hidroeléctrica de Yuncán, 20 de junio de 2003, p. 1.

⁵⁶⁴ Como se observa, la modalidad de promoción de la inversión privada fue el literal c) del artículo 2° del DL 674 referido a: “La celebración de contratos de asociación, “joint venture”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, u otros similares” (énfasis agregado).

⁵⁶⁵ PROINVERSION. Bases del Concurso Público Internacional PRI-71-01. Enero 2004. p. 3A. Consulta: 5 de abril de 2016.
http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/YUNCAN_DOCS_BASES/bases_yuncan_13_01_04.pdf

⁵⁶⁶ Registro de derechos otorgados. Concesiones definitivas de generación. Centrales en operación. Consulta: 5 de abril de 2016.
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/concesiones%20electricas/Derechos/publicaciones/CDG-OP-2015-11-05.pdf>

Central Hidroeléctrica Machupicchu de EGEMSA⁵⁶⁷, con el objetivo de “asegurar el suministro eléctrico del país en el largo plazo”⁵⁶⁸. Este también fue el objetivo perseguido por el Estado, cuando diseñó el proyecto de la Central Hidroeléctrica Molloco, ubicada en la provincia de Caylloma en el departamento de Arequipa⁵⁶⁹.

Sobre el particular, en el 2008, el entonces Director Ejecutivo de FONAFE advirtió que habían algunos proyectos de titularidad de algunas empresas estatales que requerían inversión privada para su ejecución⁵⁷⁰. En esta medida, señaló lo siguiente:

*(...) la central de Molloco, que se está en los estudios previos, pero se tiene previsto financiar a través de la venta de energía futura, tanto a Cerro Verde como a Southern, entonces estamos hablando de una inversión de 300 millones de dólares para generar 300 megas; y el 60% de esta energía iría destinada a estas grandes inversiones privadas de Cerro Verde y de Molloco. **Allí hay un tema en el cual a través de una alianza público-privada se puede impulsar un proyecto de inversión, en este caso de generación eléctrica.***

*Asimismo, **el caso de la Central Hidroeléctrica de Santa Teresa**, que lo está impulsando la empresa EGEMSA, que es una empresa de generación de Cusco. También **se está viendo la posibilidad de ver inversión privada para poder financiar este proyecto de inversión**, sin perjuicio de que también pueda ser la empresa pública, como es el caso de Electroperú, se están barajando una serie de especialidades, pero también está dentro de la posibilidad hacerlo a través de una empresa privada y poder ser también el mejor mecanismo de venta de energía futura⁵⁷¹ (énfasis agregado).*

⁵⁶⁷ OSINERGMIN. Ficha técnica de la Central Hidroeléctrica Santa Teresa. Consulta: 9 de julio de 2016.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/electricidad/Documentos/PROYECTOS%20GFE/Acorde%C3%B3n/5.1.2.pdf

⁵⁶⁸ PROINVERSION. Plan de Promoción de la Inversión Privada de la Central Hidroeléctrica Santa Teresa. 26 de enero de 2010, p. 3. Consulta: 9 de julio de 2016.

[http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PLAN_PROM_STA_TERESA/Plan%20de%20Promocion%20-%20CH%20Santa%20Teresa%20\(mch%2026-01-10\).pdf](http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/PLAN_PROM_STA_TERESA/Plan%20de%20Promocion%20-%20CH%20Santa%20Teresa%20(mch%2026-01-10).pdf)

⁵⁶⁹ De acuerdo con el MINEM, este proceso se fundamentó en: “1) El alto crecimiento que está registrando la demanda de energía eléctrica el país, 2) el incremento de la oferta de generación se ha dado casi en su totalidad por centrales de generación termoeléctrica y 3) la conveniencia de diversificación de la matriz energética como política adoptada por dicho sector”. En: Ministerio de Energía y Minas. *Segunda Modificación del Plan de Promoción de la Inversión Privada. Energía de Centrales Hidroeléctricas*. 2011, p. 3.

⁵⁷⁰ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Segunda Legislatura Ordinaria de 2007. Comisión presupuesto y cuenta general de la República. 26 de marzo de 2008. Consulta: 9 de julio de 2016.

<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/pubcomis.nsf/bb31927b8109ed9705256f1c0063e796/05256eee006fc0d80525742600562ee4?OpenDocument>

⁵⁷¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA. Segunda Legislatura Ordinaria de 2007. Comisión presupuesto y cuenta general de la República. 26 de marzo de 2008.

Algunos años después, dos años en el caso de la Central Hidroeléctrica Santa Teresa y cuatro años en el caso de la Central Hidroeléctrica Molloco, PROINVERSION convocó a concurso público para la adjudicación de ambos proyectos al sector privado. Como resultado de ello, los adjudicatarios suscribieron un contrato de adquisición de activos⁵⁷², por el que se transfirió el estudio de aprovechamiento hídrico, el estudio de impacto ambiental, el estudio de evaluación arqueológica, entre otros.

El adjudicatario en el concurso de la Central Hidroeléctrica Santa Teresa fue la empresa Luz del Sur S.A.A., que actualmente opera esta central con una potencia instalada de 98.1 MW⁵⁷³ y, en el concurso de la Central Hidroeléctrica Molloco, fue el Consorcio CEE⁵⁷⁴, que constituyó a la sociedad concesionaria Generadora Eléctrica Molloco S.A.C., que hoy tiene concesión definitiva para realizar actividad de generación eléctrica en esta central con una potencia instalada de 302,1 MW y fecha de puesta en operación prevista para el 17 de octubre de 2020.

Esta situación evidencia que el mercado eléctrico exige a los interesados en desarrollar proyectos de generación, especialmente hidroeléctricos, un elemento del cual suelen carecer las empresas estatales: significativos montos de inversión. Al respecto, la autora Fiorella MOLINELLI advierte que: “El principal problema con el que se encuentra quien desea llevar a cabo un proyecto de inversiones en centrales hidroeléctricas es el acceso al financiamiento, pues las obras exigen niveles de

⁵⁷² En estos casos, la modalidad de promoción de la inversión privada fue el literal a) del artículo 2° del DL 674 referido a: “a) ***La transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos, en este último caso, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles, en cuyo caso serán de aplicación las normas que regulan el Sistema Nacional de Bienes Estatales***” (énfasis agregado). También suscribieron un Contrato de Compromiso de Inversión y Contrato de Coordinación Empresarial y Constitución de Servidumbre (en el caso de la CH Santa Teresa).

⁵⁷³ Registro de derechos otorgados. Concesiones definitivas de generación. Centrales en operación. Consulta: 5 de abril de 2016.
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/concesiones%20electricas/Derechos/publicaciones/CDG-OP-2015-11-05.pdf>

⁵⁷⁴ Corsan Corviam-Engevix-Enex

inversión muy elevados”⁵⁷⁵. En efecto, este resulta ser el primer obstáculo con el que se enfrenta el inversionista y que se hace significativo en el caso de las empresas estatales, que en el Perú están sujetas a una serie de regulaciones especiales que obstaculizan la obtención de este nivel de financiamiento.

Como se desprende de lo anterior, luego del “arequipazo”, el Estado no ha vuelto a proponer la privatización de empresas estatales, sino a utilizar modalidades de promoción de la inversión privada alternativas (usufructo, joint venture, etcétera), definidas en el Decreto Legislativo N° 674 para la adjudicación de proyectos hidroeléctricos al sector privado.

Todo lo anterior permite concluir que de no ser por la iniciativa del Estado en el diseño y adjudicación al sector privado, estas centrales hidroeléctricas de gran envergadura y que están consideradas entre las más representativas por su tipo de generación⁵⁷⁶ no se habrían llevado a cabo. Esto refleja en los últimos años el esfuerzo del Estado por estimular el desarrollo de la inversión privada en el segmento de generación eléctrica, en particular hidroeléctrica, y a su vez evidencia la baja iniciativa del sector privado para diseñar y operar este tipo de proyectos.

4.1.3 Proyecto de ley en el 2014 para la venta de acciones como estrategia de promoción de inversión privada en el sector eléctrico

⁵⁷⁵ MOLINELLI, Fiorella. “Análisis de las facilidades y barreras para la inversión en centrales hidroeléctricas: Una revisión de la agenda pendiente”. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, año 5, Número 8, INDECOPI, 2009, p. 87. Consulta: 9 de julio de 2016. <http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2009/04AnalisisSobreFacilidades.pdf>

⁵⁷⁶ Anuario Estadístico de Electricidad 2015. Capítulo 3: Generación de Energía Eléctrica. Numeral 3.2.2.1. Consulta: 14 de marzo de 2016. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Capitulo%203%20Generacion%20electronica%202015%20FINAL.pdf>

En el 2014, el Congreso de la República del Perú evaluó la transferencia al sector privado de un porcentaje de 20% hasta 49% de las acciones de las empresas estatales de la industria eléctrica. El texto original del Proyecto de Ley N° 3690⁵⁷⁷, del 28 de julio, dispuso una serie de medidas para promover el crecimiento económico, entre las que se destaca el título III, denominado: “Promoción de la eficiencia de las empresas del Estado de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica mediante la participación de inversión privada”.

El objeto de este título, como se indicaba en su artículo 22°, era “promover la participación de inversionistas privados a través de colocación de acciones en bolsa en capital de las Empresas del Estado pertenecientes al sector eléctrico y que se encuentran bajo el ámbito de FONAFE”. Su ámbito de aplicación incluía a todas las actividades de la industria eléctrica (generación transmisión o distribución), autorizándolas a colocar “al menos el veinte por ciento (20%) de las acciones con derecho a voto de su capital social hasta un máximo de cuarenta y nueve por ciento (49%), sea que estas empresas se encuentren incorporadas o no al proceso de promoción de la inversión privada” de PROINVERSION. Como se observa, esta disposición era facultativa.

Adicionalmente, el artículo 24.3 de dicho proyecto de ley estableció que las empresas estatales del sector eléctrico que cumplieran con colocar por lo menos el 20% de sus acciones en bolsa, no se encontrarían sujetas a “las disposiciones referidas a la actividad empresarial del Estado, ni las disposiciones que dicta FONAFE para las empresas que se encuentran bajo su ámbito”. Según su exposición de motivos, esta iniciativa de transferir finalmente al sector privado un porcentaje significativo de las acciones de las empresas estatales eléctricas, se fundamentó en que:

⁵⁷⁷ Disponible en el siguiente enlace web (consulta: 31 de marzo de 2016): [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/2f551ceffd6f520c05257d230064a6d7/\\$FILE/PL03690280714.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/2f551ceffd6f520c05257d230064a6d7/$FILE/PL03690280714.pdf)

(...) las empresas del Estado del sector eléctrico que desarrollan actividades de generación transmisión y distribución de energía **requieren de grandes inversiones y fuentes de capital** que permitan asegurar la prestación del servicio en condiciones de calidad y eficiencia. **Esto requeriría una gran demanda de recursos públicos o que el Estado garantice líneas de crédito que incrementaría el riesgo fiscal**, toda vez que no hay una participación privada que mejore su gestión⁵⁷⁸ (énfasis agregado).

Respecto a la inaplicación del marco legal de la actividad empresarial del Estado y las disposiciones de FONAFE para las empresas estatales que coloquen en bolsa sus acciones, se señaló lo siguiente: “Cabe señalar que normas de este tipo ya se han incorporado en la legislación de otros países, otorgando a **las empresas del Estado con** participación privada las condiciones de **un régimen de gestión privada**, lo que contribuye a que su manejo y operatividad se mida con criterios netamente empresariales y de **resultados de eficiencia**”⁵⁷⁹ (énfasis agregado).

Aunque de carácter facultativo, este fue un intento importante de transferir al sector privado un porcentaje significativo de acciones e, incluso si se optara por la colocación del 20%, estas empresas estatales eléctricas inmediatamente ingresarían en el ámbito de esta propuesta de ley, transfiriendo la gestión de sus actividades al sector privado. En ese sentido, el título III del proyecto de ley era coherente con el marco legal de promoción de la inversión privada vigente.

No obstante ello y pese a la atención que captó de los medios de comunicación⁵⁸⁰, el 16 de noviembre de 2014 –alrededor de cuatro meses después de que se presentara ante el Congreso- este proyecto de ley fue aprobado mediante Ley N° 39264, sin el

⁵⁷⁸ Exposición de motivos Proyecto de Ley N° 3690. Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico, p. 44.

⁵⁷⁹ Exposición de motivos Proyecto de Ley N° 3690, p. 45.

⁵⁸⁰ Véase, por ejemplo las siguientes noticias (consulta: 31 de marzo de 2016):
<http://larepublica.pe/30-07-2014/privatizaran-hasta-un-49-de-16-empresas-electricas-estatales>
<http://larepublica.pe/01-11-2014/son-16-empresas-electricas-que-quieren-privatizar>
<http://diariouno.pe/2014/07/29/privatizacion-electrica/>
<http://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/privaticemos-empresas-electricas-ivan-alonso-noticia-1746758>

referido y esperado título III. Para entender esta modificación al texto final del proyecto, se revisaron los diarios de debate para su aprobación, los cuales se llevaron a cabo el 29 de octubre y 6 de noviembre de 2014.

Desafortunadamente, ninguno de los argumentos planteados en contra –o a favor- de estas medidas, evaluó –si quiera mencionó- si la actual participación de estas empresas estatales se ajustaba a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución o principio de subsidiariedad. Por el contrario, los argumentos en contra fueron básicamente los que se citan a continuación:

*Por ejemplo, en el proyecto se establecen modificaciones para promover inversiones en las empresas eléctricas. ¿Ustedes creen que esas inversiones se van a hacer en los próximos 10 días, en los próximos 30 días, en los próximos dos meses? **Eso demora, son procesos que demoran años, así que esto no va a reactivar la economía en el corto plazo**⁵⁸¹ (énfasis agregado).*

(...)

***Aquí es injusto pues que se compare la rentabilidad** de las empresas públicas eléctricas frente a las empresas del sector privado, ¿por qué? Porque la ley le da preferencia a las empresas privadas para incrementar sus operaciones, mientras que **el dinero generado por las empresas públicas sirve para cubrir las metas del Tesoro Público**, y cuando el MEF, encabezado por el ahora ausente, señor Castilla, tuvo una política sistemática de restringir a las empresas públicas bajo el Fonafe para reinvertir sus utilidades y así incrementar sus operaciones, y por lo tanto, su cobertura⁵⁸² (énfasis agregado).*

(...)

*Yo pregunto, ¿cómo es que puede garantizar el FISE, por ejemplo, privatizando el sector eléctrico llegando al 40%? ¿Cómo es que puede garantizar el Fondo de Compensación Social Energético? **¿Ustedes creen que el sector privado está interesado de garantizar estos dos fondos**, que fueron parte de la bandera de la Bancada de Gana Perú? ¿Garantizará llegando al 40% estos dos elementos fundamentales? Simplemente no, porque **el interés de una empresa privada es maximizar ingresos**, maximizar beneficios, esa es su lógica, y es una lógica real y natural de un centro privado y la lógica del Estado peruano es maximizar el bienestar de los ciudadanos⁵⁸³ (énfasis agregado).*

(...)

*Quiero decirles que **estas empresas son estratégicas, son prácticamente empresas que están en el diario y cotidiano vivir de la gente** y, obviamente,*

⁵⁸¹ Diario de los debates del 30 de octubre de 2014. Primera Legislatura Ordinaria de 2014-15° sesión, p. 8. Consulta: 31 de marzo de 2016.
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257D82001C4F36/\\$FILE/PLO-2014-15.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257D82001C4F36/$FILE/PLO-2014-15.pdf)

⁵⁸² Diario de los debates del 30 de octubre de 2014, p. 10.

⁵⁸³ Diario de los debates del 30 de octubre de 2014, p. 24.

estas empresas en la actualidad están en azul, y no las estamos valorando, y debemos impulsarlas, y probablemente también hay que advertir. Esto que está pegado a la gente, esto así como a veces el agua, la luz, tiene mucha repercusión en el ámbito de los seres humanos.

*Quiero decir y advertir, señora Presidenta, **el sentir terrible que hay en el pueblo arequipeño**. Nosotros como representantes **no queremos volver a pasar epopeyas como el “arequipazo”**⁵⁸⁴ (énfasis agregado).*

Consideramos que estas afirmaciones son inexactas. En primer lugar, no es correcto señalar que los procesos de promoción privada demoran años. Como ha sido descrito previamente, solo en el período 1994-1998 se transfirieron las acciones de catorce empresas estatales eléctricas⁵⁸⁵, por lo que sí se trata de una medida que puede desarrollarse en el corto plazo.

En segundo lugar, si bien es cierto que el marco legal limita de alguna manera las operaciones de las empresas estatales, no es exacto señalar que las ganancias que genera se destinan al Tesoro Público. De conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, “los recursos de las Empresas del Estado se destinan para el logro de los objetivos aprobados en sus normas estatutarias, planes estratégicos y en las metas establecidas en sus programas y presupuestos anuales”.

Sobre el particular, a manera de ejemplo, el Plan Estratégico Institucional Semestral de ELECTROPERU 2013-2017, establece que realizará proyectos de inversión para la mejora de la eficiencia operativa (ampliación de la capacidad instalada, rehabilitación e implementación de infraestructura civil, modernización, afianzamientos hídricos) y gastos de capital no ligados a proyectos que también se encuentran relacionados con los proyectos de titularidad de esta empresa (adquisición de nuevo sistema de

⁵⁸⁴ Diario de los debates del 6 de noviembre de 2014. Primera Legislatura Ordinaria de 2014-16° sesión, p. 8. Consulta: 31 de marzo de 2016.
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebate/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257D890062278B/\\$FILE/PL0-2014-16.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebate/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257D890062278B/$FILE/PL0-2014-16.pdf)

⁵⁸⁵ SANTIVÁÑEZ-SEMINARIO, Roberto, p. 32.

supervisión y control del complejo Mantaro, etcétera)⁵⁸⁶. De este modo, ELECTROPERU utiliza sus recursos para la ejecución y operación de sus proyectos como cualquier empresa privada.

En tercer lugar, sobre el cuestionamiento de que no se garantiza el cumplimiento del Fondo de Inclusión Social Energético (FISE) y el Fondo de Compensación Social Eléctrica (FOSE), conviene advertir que su cumplimiento es independiente de la titularidad privada o estatal de las empresas eléctricas. El FISE, creado por Ley N° 29852, es financiado con usuarios libres de electricidad, es administrado por OSINERGMIN y debe ser recaudado por el generador o distribuidor. Por su parte, el FOSE, creado por Ley N° 27510, también administrado por OSINERGMIN, es financiado por los usuarios de servicio público de electricidad para favorecer los usuarios residenciales cuyos consumos mensuales sean menores a 100 kilovatios hora por mes comprendidos dentro de la opción tarifaria BT5. Se trata de obligaciones que de ser incumplidas son sancionadas⁵⁸⁷, de manera que su cumplimiento no depende de si la empresa es pública o privada.

Finalmente, sobre la afirmación de que las empresas estatales eléctricas son estratégicas, no es la primera vez que en el Perú se relaciona dicho término con la industria eléctrica y la actividad empresarial del Estado. En efecto, el Decreto Ley N° 19521 normativo de electricidad en 1972, identificó al suministro de la energía eléctrica como un “instrumento estratégico” para el desarrollo económico y social del país, lo que justificaba la implementación de las medidas de intervención ampliamente descritas en el capítulo anterior. Años después, en 1988, la entonces Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada por Ley N° 24948, dispuso que el Estado

⁵⁸⁶ Plan Estratégico de ELECTROPERU para el período 2013-2017. Cuadro N° 10. Consulta: 31 de marzo de 2016.
<http://www.electroperu.com.pe/biTransparenciaEstandar/PlaneamientoOrganizacion/PlanEstrategicoInstitucional.pdf>

⁵⁸⁷ Resolución N° 014-2013-OS-CD, publicada el 7 de marzo de 2013 en el caso del FISE, y Anexo IV de la Resolución N° 689-2007-OS-CD, publicada el 21 de noviembre de 2007.

actuaría como empresario en la exploración, extracción, transformación y comercialización de los “recursos naturales estratégicos”.

En esta línea, ARAGÓN REYES señaló que el nuevo rol regulador del Estado se presenta “como una necesidad en determinados mercados dada su posición estratégica en la consecución de los intereses generados”⁵⁸⁸, entre los que pone como ejemplo a la energía. Como se observa, el carácter “estratégico” de una determinada actividad justifica la intervención del Estado; pero, como también se ha señalado, no implica necesariamente que la modalidad empleada para esta intervención sea necesariamente la empresa estatal, por lo que tampoco constituye una justificación válida para descartar la transferencia de sus acciones al sector privado.

Pese a lo anterior, el título III fue finalmente retirado del proyecto de ley. Esta decisión no se sustentó en que se haya llegado a un consenso entre los congresistas respecto a las afirmaciones previamente citadas, sino que se concluyó que este punto representaba “un amplio debate”, respecto del cual todos los congresistas tendrían que ponerse de acuerdo⁵⁸⁹. En otras palabras, optaron por la alternativa que generaba menor debate y menor controversia.

Como se aprecia, el Congreso desaprovechó una gran oportunidad para iniciar una discusión a nivel legislativo respecto a si existe actualmente justificación constitucional para la permanencia de las empresas estatales eléctricas. Es decir, si cumplen o no con lo previsto en el artículo 60° de la Constitución y el marco legal de promoción de la inversión privada. Esta experiencia permite ratificar que la permanencia de las empresas estatales se ha guiado en el Perú principalmente por fundamentos políticos antes que legales o económicos.

⁵⁸⁸ ARAGÓN REYES, p. 45.

⁵⁸⁹ Diario de los debates del 6 de noviembre de 2014, p. 233.

Esta última idea se refuerza con lo que ocurrió en Puno luego de hacerse pública la iniciativa de este proyecto de ley. En esta región, se anunció un paro programado para el 9 de julio de 2015 “en rechazo a la eventual privatización de las empresas eléctricas SAN GABAN y ELECTROPUNO”⁵⁹⁰. Este hecho evidencia que toda propuesta relacionada con la promoción de la inversión privada en empresas estatales eléctricas, además de incluir una estrategia jurídico-económica, deberá diseñar una estratégica político-social, a fin de que no se repitan hechos similares a los ocurridos en la interrumpida privatización de EGASA y EGESUR.

Considerando lo anterior, a la fecha de elaboración del presente trabajo, el Estado realiza actividad empresarial en el mercado de generación eléctrica a través de las siguientes cinco empresas estatales: ELECTROPERU, EGASA, EGEMSA, EGESUR y SAN GABAN.

4.2 Sobre el requisito de habilitación por ley expresa de las generadoras estatales

La postura de INDECOPI sobre este punto ha sido expresada en la Resolución N° 778-2011/SC1 que resolvió en segunda instancia la denuncia interpuesta por TARUCANI contra EGASA. Como se recuerda, INDECOPI descartó en segunda instancia que el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM, el Decreto Legislativo N° 674 o las Resoluciones Supremas N° 165-93-PCM y N° 370-94-PCM cumplieran con el requisito de ley expresa que habilitara a EGASA para que participe en la generación eléctrica, solicitando concesiones que le permitan desarrollar futuros proyectos hidroeléctricos.

⁵⁹⁰ Diario La República. Puno: anuncian paro contra privatización de eléctricas. 21 de junio de 2015. Consulta: 01 de abril de 2016.
<http://larepublica.pe/impres/politica/9411-puno-anuncian-paro-contra-privatizacion-de-electricas>

Por el contrario, INDECOPI concluyó que ELECTROPERU y las empresas regionales cumplen con el requisito de ley expresa aprobada por el Congreso de la República, pues los artículos 3º, 20º y 22º de la derogada Ley General de Electricidad, aprobada por Ley N° 23406, las habilitaba expresamente⁵⁹¹. Asimismo, INDECOPI señaló que la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, reconoce en su Cuarta y Séptima Disposiciones Transitorias Finales la existencia de empresas estatales y la posibilidad de que éstas desarrollen proyectos de ampliación de generación eléctrica⁵⁹².

⁵⁹¹ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 135-137.

Artículo 3.- La acción empresarial del Estado para el Servicio Público de Electricidad, es ejercida por la Empresa “Eléctrica del Perú” - ELECTROPERU - directamente, o a través de sus filiales regionales y/o subsidiarias. Las empresas de su propiedad contarán con autonomía para desempeñar adecuada y oportunamente sus actividades, debidamente articuladas con ELECTROPERU, a fin de asegurar la coherencia entre objetivos y planes locales, regionales y nacionales, así como la interconexión de sus sistemas.

Artículo 20.- La Empresa Electricidad del Perú -ELECTROPERU-, es la entidad responsable en representación del Estado de la actividad empresarial para el servicio público de electricidad. Para tal fin, como empresa matriz, ejercerá la supervisión y coordinación de sus empresas, realizará directamente el planeamiento eléctrico a nivel nacional; la gestión financiera global para el servicio público de electricidad; la promoción de investigación tecnológica aplicable; la normalización sobre el uso de equipos y materiales para sus actividades y la coordinación con la industria manufacturera nacional. Asimismo, realizará directamente, o mediante sus empresas subsidiarias o filiales, la ejecución de los proyectos de carácter multirregional, la generación, transmisión y la comercialización de energía en bloque, y la operación de los sistemas de interconexión que vinculen sistemas regionales. Todas las actividades del servicio público de electricidad de ámbito regional las realizará a través de sus Empresas Regionales Filiales y de los Concesionarios. Otras actividades no fundamentales las ejecutará utilizando las organizaciones especializadas existentes en el país. (...)

Artículo 22.- Las Empresas Regionales del Servicio Público de Electricidad son aquellas constituidas de acuerdo a la Sección Cuarta de la Ley de Sociedades Mercantiles y el Decreto Legislativo N° 216. **Están encargadas de todas las actividades destinadas a la prestación del Servicio Público de Electricidad**, dentro del área de responsabilidad que les sea asignada por el Ministerio de Energía y Minas, a propuesta de ELECTROPERU, incluyendo la ejecución de proyectos eléctricos de generación destinados a ser utilizados principalmente dentro de su propia área de responsabilidad. En estas empresas, el Estado a través de sus empresas y las Corporaciones de Desarrollo que así lo acordaren, tendrá por lo menos 90% del capital social y ELECTROPERU una mayoría absoluta (énfasis agregado).

⁵⁹² Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 149.

CUARTA.- Promoción de proyectos hidroeléctricos

(...)

El Ministerio establecerá en un plazo no mayor de noventa (90) días, las condiciones y términos para posibilitar un mecanismo de iniciativas privadas de Clientes Libres para aportes financieros destinados a inversiones en proyectos de ampliación de generación en empresas del Estado, que tendrán carácter reembolsable.

Adicionalmente, INDECOPI citó el artículo 1° de la Ley N° 26734, Ley de OSINERGMIN, que reconoce la existencia de empresas estatales en el sector eléctrico⁵⁹³, y el artículo 4° de la Ley N° 26844, que establece disposiciones aplicables al proceso de promoción de la inversión privada de las empresas estatales de energía eléctrica. Ello con la finalidad de concluir que hasta que no culmine el proceso de promoción, la actividad empresarial estatal en el sector eléctrico mantendrá el sustento legal que le dio origen⁵⁹⁴.

Al respecto, coincidimos con la postura de INDECOPI respecto a la habilitación por ley expresa de ELECTROPERU y las empresas regionales constituidas al amparo del artículo 22° de la Ley General de Electricidad, es decir⁵⁹⁵: **(1)** HIDRANDINA S.A. (en el norte); **(2)** ELECTROLIMA S.A. (en Lima); **(3)** Empresa Regional del Sur Medio S.A. (ELECTRO SUR MEDIO); **(4)** Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. (SEAL); **(5)** ELECTRO SUR ESTE S.A.; **(6)** ELECTRO CENTRO S.A.; **(7)** ELECTRO ORIENTE S.A.; **(8)** ELECTRO NORTE S.A.; **(9)** ELECTRONOROESTE S.A.⁵⁹⁶; y, **(10)**

SÉPTIMA.- Reglas aplicables a la compra-venta de energía de empresas del Estado en el mercado eléctrico

Las empresas con participación accionaria del Estado, titulares de concesiones o autorizaciones de generación o de distribución, en sus operaciones de compraventa de electricidad se adecuarán a las condiciones establecidas en la presente Ley y su Reglamento. En los casos en que resulten aplicables, dichas empresas quedan autorizadas a negociar y pactar los precios y condiciones comerciales que mejor se adecuen a las condiciones del mercado.

⁵⁹³ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 150.

Artículo 1.- Creación y Naturaleza

*Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), como organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que **desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad**, hidrocarburos y minería, siendo integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera (énfasis agregado).*

⁵⁹⁴ Resolución N° 0778-2011/SC1-INDECOPI, numeral 152.

Artículo 4.- *Al concluir el proceso de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado comprendidas en los alcances de la presente Ley, quedan derogadas las leyes que dieron origen a dichas empresas así como las relativas a su funcionamiento interno y las del proceso de promoción de la inversión privada aplicables al sector.*

⁵⁹⁵ Esta información se obtuvo de la parte considerativa del Decreto Supremo N° 243-84-EFC.

⁵⁹⁶ Esta empresa se constituyó por Ley N° 24761 para prestar el servicio público de electricidad en Piura.

ELECTROSUR S.A.⁵⁹⁷. Constituidas además antes de la derogación de esta ley en 1992.

No estamos de acuerdo; sin embargo, respecto a que la norma antes referida constituya habilitación expresa de las otras cuatro empresas estatales que en la actualidad participan en el mercado de generación eléctrica. Es decir: **(1)** EGASA; **(2)** EGEMSA; **(3)** EGESUR; y, **(4)** SAN GABAN. Ello en la medida que, en primer lugar, EGASA y EGEMSA son empresas estatales constituidas por Resolución Suprema N° 165-93-PCM, en 1993, esto es, cuando ya se había derogado la Ley General de Electricidad por la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844. Pero además, su constitución se dio expresamente al amparo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 674⁵⁹⁸.

El artículo 10° de esta norma establece que: **“Con el fin de facilitar el proceso de promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado,** las mismas deberán fusionarse, dividirse o reorganizarse cuando así lo decida la COPRI”⁵⁹⁹ (énfasis agregado). En ese sentido, al estar incorporadas al proceso de promoción de la inversión privada, correspondía que

⁵⁹⁷ Esta empresa se constituyó por Ley N° 24093 para prestar el servicio público de electricidad en Tacna y Moquegua.

⁵⁹⁸ Artículo 1.- Ratificar el Acuerdo de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), del día 26 de abril de 1992, mediante el cual se acuerda lo siguiente:
Primero.- Autorizar a las Empresas de Electricidad del Perú - ELECTROPERU S.A. y ELECTROLIMA S.A., para que **de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 674,** procedan a constituir las siguientes Empresas Estatales de Derecho Privado, en cumplimiento del Decreto Ley N° 25844:

(...)

b) "Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A.", sobre la base de los activos y pasivos de las centrales hidroeléctrica Charcani I, II, III, IV, V y VI, así como la C.T. Chilina, que le transferirán ELECTROPERU S.A. y SOCIEDAD ELÉCTRICA DEL SUR OESTE S.A.

c) "Empresa de Generación Eléctrica Machu Picchu S.A.", sobre la base de los activos y pasivos de la central hidroeléctrica Machu Picchu, y las C.T. Dolorespata, Juliaca y Puno, que le transferirá ELECTROPERU S.A. y ELECTRO SUR ESTE S.A. (énfasis agregado).

⁵⁹⁹ El texto se repite en la parte considerativa de la Resolución Suprema N° 165-93-PCM: Que, **para efectos de llevar adelante el proceso de promoción de la inversión privada en las empresas que conforman el Sistema Eléctrico Nacional,** la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), de acuerdo a lo previsto en el Artículo 10. del Decreto Legislativo N° 674, mediante Acuerdo adoptado en sesión del día 26 de abril de 1993, **ha autorizado la división y reorganización de las actuales Empresas de Servicio Público de Electricidad** (énfasis agregado).

se aplique a EGASA y EGEMSA alguna de las modalidades detalladas en el artículo 2° (transferencia de acciones, aumento de capital, contratos de asociación o *joint venture*, venta de activos). Éste fue el objetivo de su constitución.

Sin embargo, como fue desarrollado previamente, este proceso no se concretó en el caso de estas empresas estatales, las mismas que continúan operando actualmente. Adicionalmente, EGASA y EGEMSA tampoco pueden ser consideradas empresas regionales en los términos de la Ley General de Electricidad, pues el artículo 5° de este cuerpo normativo establece que las empresas regionales ejercen actividad eléctrica “**en el área de responsabilidad que les asigne el Ministerio de Energía y Minas, en coordinación con ELECTROPERU**” (énfasis agregado).

Este requisito formal no se cumplió en el caso de estas empresas estatales, a las que el MINEM no les asignó un área de responsabilidad. En consecuencia, EGASA y EGEMSA no califican como empresas regionales en los términos de la Ley General de Electricidad. Por estos motivos, INDECOPI no debería incluir a estas empresas estatales dentro de la habilitación otorgada por la Ley General de Electricidad.

Por otro lado, de manera similar, EGESUR y SAN GABAN tampoco califican como empresas regionales y, por tanto, tampoco consideramos que estén incluidas dentro de la habilitación por ley expresa señalada por INDECOPI en la Resolución N° 778-2011/SC1. Esto se debe a que, tanto SAN GABAN como EGESUR, son empresas estatales que fueron constituidas por ELECTROPERU cuando ya se encontraba derogada la Ley General de Electricidad. La constitución de SAN GABAN fue autorizada por acuerdo de COPRI del 7 de noviembre de 1994 y la de EGESUR por sesión de Directorio de ELECTROPERU del 16 de agosto de 1994. Del mismo modo, su constitución no obedeció el requisito formal de la Ley General de Electricidad

previamente señalado, por lo que no pueden ser consideradas empresas regionales al amparo de esta ley.

Considerando lo anterior, la constitución de EGASA y EGEMSA, en tanto son empresas estatales constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993⁶⁰⁰, que dispone en su artículo 60° el requisito formal de habilitación por ley expresa, se debió regularizar y ajustar a lo preestablecido en esta norma constitucional. Por su parte, EGESUR y SAN GABAN debieron ser constituidas respetando el requisito formal antes señalado pues a dicha fecha ya se encontraba vigente la Constitución de 1993, lo que tampoco ha sido regularizado por el Estado pese a haber ocurrido más de diez años desde su constitución. Como resultado de lo anterior, estas cuatro empresas estatales se mantienen actualmente al margen de lo ordenado por la norma constitucional.

En consecuencia, en el caso concreto, INDECOPI debió confirmar la Resolución N° 254-2009/CCD, en tanto EGASA no cumple actualmente con el requisito de habilitación por ley expresa.

4.3 Evaluación de la participación de las empresas estatales en el mercado de generación eléctrica

4.3.1 Determinación del mercado relevante

Para determinar la participación actual del Estado en la generación eléctrica, es necesario delimitar, en primer lugar, el mercado relevante. De conformidad con el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1034, previamente citado, éste está conformado por el mercado producto y el mercado geográfico.

⁶⁰⁰ 1 de enero de 1994.

Mercado producto

Como se desprende de lo señalado por el autor Craig CONRATH, el mercado producto relevante se determina en función de los consumidores que atiende la empresa analizada⁶⁰¹. Por ello, es necesario definir primero el giro de negocio de las generadoras estatales y los clientes a los que puede atender su oferta⁶⁰².

Como fue descrito en el segundo capítulo, en virtud de la Ley de Concesiones Eléctricas que creó un nuevo esquema para la industria eléctrica⁶⁰³, los generadores pueden realizar tres tipos de transacciones: **(i)** vender y/o comprar energía y potencia en el COES de otros generadores; **(ii)** vender energía y potencia a distribuidoras; y, **(iii)** vender energía y potencia a clientes libres (clientes con demandas superiores a 2.5 MW de potencia o entre 0.2 y 2.5 MW de potencia como rango optativo)⁶⁰⁴. En esta medida, nos referimos a tres grandes grupos de clientes: otros generadores, distribuidoras y usuarios libres⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ CONRATH, Craig. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Traducción por Inés BOTERO. Bogotá: Industria y Comercio Superintendencia. 1998. Capítulo 4, p.2.

⁶⁰² El giro de negocio principal de todas estas empresas estatales es la generación de electricidad. A manera de ejemplo, en el caso de EGASA, esto se verifica en el numeral 1.2 del Plan Estratégico de EGASA 2013-2017, que señala que: "1.2 Objeto de la Empresa. La Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A. tiene como giro principal la generación de electricidad mediante la operación de sus centrales, suministrándola según criterios determinados por el Comité de Operación Económica del Sistema (COES)". Plan Estratégico de EGASA 2013-2017, p. 4. Consulta: 27 de marzo de 2016.

<http://www.egasa.com.pe/esp/transparencia/egasa/repositorio/470/Plan%20Estrategico%20de%20EGASA%20%202013-2017.pdf>

⁶⁰³ Informe N° 11-2002-INDECOPI/CLC, numeral 89. Consulta: 27 de marzo de 2016.

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Inf011-2002.pdf>

⁶⁰⁴ Informe N° 11-2002-INDECOPI/CLC, numeral 90.

⁶⁰⁵ Por ejemplo, EGASA atiende a las siguientes diez empresas: (1) SEAL (distribuidora y empresa estatal), (2) Electrosur S.A. (distribuidora y empresa estatal), (3) Electro Sur Este S.A.A. (distribuidora y empresa estatal), (4) Electro Puno S.A.A. (distribuidora y empresa estatal), (5) Electro Dunas S.A.A. (distribuidora), (6) Edelnor S.A., (7) Luz del Sur S.A.A. (generadora y distribuidora), (8) Edecañete S.A. (distribuidora), (8) Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (cliente libre) (9) Tecnológica de Alimentos S.A. (cliente libre), (10) Electro Oriente S.A. (empresa estatal que realiza actividad de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica dentro del área de su concesión en la selva). Consulta: 27 de marzo de 2016. <http://www.egasa.com.pe/clientes/>

Ahora bien, como ha señalado OSINERGMIN, la energía eléctrica “no presenta sustitutos para una gran parte de sus usos finales”⁶⁰⁶. En otras palabras, presenta una demanda inelástica. No obstante, conviene citar lo señalado por el MINEM en el 2002 respecto a que:

El gas natural tendrá que sustituir gradualmente el consumo de energía eléctrica, tanto para clientes de consumo final como para clientes industriales. Este efecto de sustitución de energéticos será una consecuencia natural del comportamiento del mercado en el largo plazo, motivando mayor competencia entre los suministradores de electricidad y de gas, y por ende una mayor eficiencia para beneficio del consumidor⁶⁰⁷ (énfasis agregado).

Al respecto, coincidimos con lo concluido por INDECOPI respecto a que: “(...) esta sustitución [de energía eléctrica] parece ser más bien una característica de mercados ampliamente desarrollados en donde las tecnologías de sustitución se encuentran ampliamente extendidas”⁶⁰⁸.

Por tanto, teniendo en cuenta esta información, se concluye que el mercado producto relevante de las empresas estatales de generación eléctrica es la venta de energía y potencia a otros generadores, distribuidores y clientes libres.

Mercado geográfico relevante

Sobre el particular, debe concluirse que el mercado geográfico relevante es nacional, por lo siguiente: “En el caso de la generación, la dimensión geográfica es nacional porque **no existe actualmente congestión en la red de transmisión significativa, que aisle sistemáticamente zonas o regiones, que queden entonces sujetas a la**

⁶⁰⁶ AGUERO, Aileen; Diego PETRECOLLA, Alexis PIRCHIO y Carlos A. ROMERO. *Análisis de monitoreo de las condiciones de competencia en el sector eléctrico de Perú*. Informe final correspondiente a la contratación de servicios de consultoría: Adjudicación de Menor Cuantía N° 182-2009. 2010, p. 7. Consulta: 30 de marzo de 2016.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Otros-Estudios/Consultoria/AnalisisMonitoreo-Condiciones-SectorElectrico.pdf

⁶⁰⁷ Informe N° 11-2002-INDECOPI/CLC, numeral 27.

⁶⁰⁸ Informe N° 11-2002-INDECOPI/CLC, numeral 121.

generación local y que por tanto corresponda definir mercados geográficos de generación subnacionales y la incidencia de las importaciones desde Ecuador es muy marginal⁶⁰⁹ (énfasis agregado).

Por todo lo expuesto, es razonable concluir que el mercado relevante en el que participan las empresas estatales de generación eléctrica es la venta de energía y potencia a generadores, distribuidores y clientes libres a nivel nacional.

4.3.2 Participación de las empresas estatales en el mercado de generación eléctrica

El escenario en el que se desarrolla la actividad empresarial del Estado según la metodología de INDECOPI, tomando como referencia cifras de la estadística preliminar del subsector eléctrico de julio de 2016, publicado por el MINEM, se encuadra en el primer escenario, toda vez que existen más de dos empresas privadas no vinculadas entre sí que participan paralelamente a estas cinco empresas estatales⁶¹⁰.

Como se recuerda, este escenario acarrea la presunción legal relativa de que “las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada podrá ampliarse lo suficiente como para satisfacer la demanda del bien o servicio, por lo que queda prohibida la participación del aparato estatal⁶¹¹. No obstante, INDECOPI ha advertido que “la existencia de dos empresas privadas no vinculadas no necesariamente asegura que haya oferta privada suficiente para satisfacer la demanda existente⁶¹².”

⁶⁰⁹ AGUERO, Aileen; Diego PETRECOLLA, Alexis PIRCHIO y Carlos A. ROMERO, p.8.

⁶¹⁰ Estadística preliminar del subsector eléctrico. Cifras de julio 2016, numeral 3. Consulta: 24 de setiembre de 2016.

<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Estadistica%20Preliminar%20del%20Subsector%20Electrico%20-%20Julio%202016%20Rev4.pdf>

⁶¹¹ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 90.

⁶¹² Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 91.

De este modo, según la metodología desarrollada por esta entidad, la empresa estatal deberá demostrar que “las empresas privadas que participan en el mercado no cuentan con las condiciones necesarias para absorber la demanda que liberaría en caso se retire del mercado”⁶¹³. Finalmente, si se demuestra que las empresas privadas no podrán cubrir esta posible demanda liberada, entonces corresponderá a la empresa estatal acreditar que “existen barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores”, pues “si las barreras son bajas, existen proveedores potenciales que podrían ingresar al mercado”⁶¹⁴.

Según cifras del MINEM, la producción total de energía eléctrica anual del 2015 de las generadoras estatales fue de 23.33%, donde ELECTROPERU lideró con un 16%⁶¹⁵. En julio de 2016⁶¹⁶, la cifra mensual ha sido 20.7%, observándose así una marcada predominancia de la producción privada. Y, en efecto, desde el año 2001⁶¹⁷, se aprecia una tendencia hacia el incremento de la participación de las empresas privadas en la producción de energía eléctrica a nivel nacional⁶¹⁸:

⁶¹³ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 91.

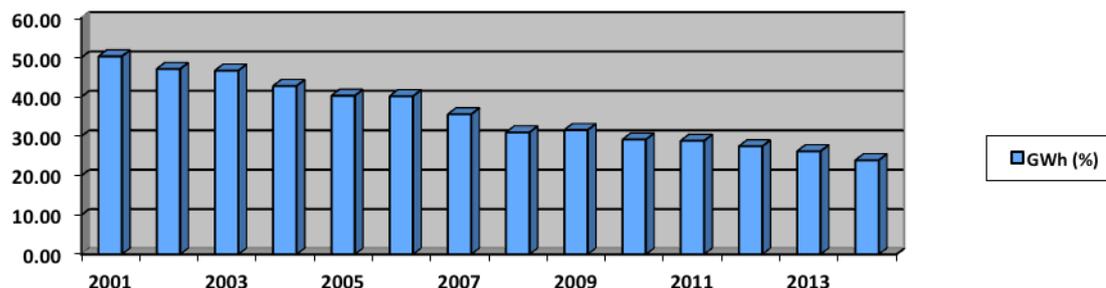
⁶¹⁴ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, numeral 95.

⁶¹⁵ Anuario Estadístico de Electricidad 2015. Capítulo 9: Participación de las Empresas Estatales y Privadas en el Mercado Eléctrico. Numeral 9.2. Consulta: 24 de setiembre de 2016.
<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Capitulo%209%20Participacion%20de%20Empresas%20Priv%20y%20Est%202015%20FINAL.pdf>

⁶¹⁶ Estadística Preliminar del Subsector Eléctrico de julio de 2016. Numeral 3. Consulta: 24 de setiembre de 2016.
<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Estadistica%20Preliminar%20del%20Subsector%20Electrico%20-%20Julio%202016%20Rev4.pdf>

⁶¹⁷ Desde este año los anuarios estadísticos de electricidad del MINEM hacen la distinción estadística entre empresas privadas y estatales.

⁶¹⁸ Datos estadísticos anuales en el gráfico: 2014 (23.95%), 2013 (26.22%), 2012 (27.48%), 2011 (28.87%), 2010 (29.2%), 2009 (31.6%), 2008 (31%), 2007 (35.6%), 2006 (40.2%), 2005 (40.3%), 2004 (42.8%), 2003 (46.7%), 2002 (47.1%), 2001 (50.3%). Esta lógica continúa en el 2015, con una disminución de su participación a 23.33%.



Fuente: MINEM
Elaboración: Propia

Estas cifras permiten inferir, que esta predominancia del sector privado en el mercado de generación eléctrica es una constante que continuará en aumento, sobretodo considerando que a la fecha de elaboración de este trabajo, de los diecinueve proyectos de centrales de generación en construcción, todos son de titularidad privada (sin considerar las centrales con recursos energéticos renovables en construcción) con una potencia instalada total aproximada de 4,581 MW por US\$ 8,996 millones de inversión, que entrarán en operación entre el período 2016-2023 en el norte, centro y sur del país⁶¹⁹. Sin perjuicio de ello, no puede negarse que las empresas estatales como grupo económico ostentan la mayor participación en la producción de energía eléctrica.

Actualmente, según el registro de derechos otorgados del MINEM, actualizado a abril⁶²⁰ y junio⁶²¹ de 2016, son veintiocho las centrales de generación en operación de titularidad estatal⁶²²:

⁶¹⁹ Ministerio de Energía y Minas. Concesiones Definitivas de Generación (Proyectos) y . Consulta: 25 de mayo de 2016.

http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/concesiones%20electricas/Derechos/publicaciones/CDG_PROY116_1.pdf

⁶²⁰ Autorizaciones de Generación. Centrales en Operación. Consulta: 28 de setiembre de 2016.

<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-163/moneda-163-09.pdf>

⁶²¹ Concesiones Definitivas de Generación. Centrales en Operación. Consulta: 28 de setiembre de 2016.

http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/concesiones%20electricas/Derechos/publicaciones/CDG_O-616.pdf

⁶²² No estamos considerando los siguientes proyectos de las siguientes empresas estatales ya sea por su objeto social o porque operan en sistemas aislados: **(1)** las doce centrales hidroeléctricas y central térmica de Electro Centro S.A., que tiene por objeto social la distribución y comercialización

(1) CH Aricota I⁶²³ (EGESUR); **(2)** CH Aricota II⁶²⁴ (EGESUR); **(3)** CH Charcani IV⁶²⁵ (EGASA); **(4)** CH Charcani V⁶²⁶ (EGASA); **(5)** CH Machupicchu⁶²⁷ (EGEMSA); **(6)** CH Mantaro⁶²⁸ (ELECTROPERU); **(7)** CH Restitución⁶²⁹ (ELECTROPERU); **(8)** CH San Gabán II⁶³⁰ (SAN GABAN); **(9)** CT Dolorespata⁶³¹ (EGEMSA); **(10)** CH Hercca⁶³² (EGEMSA); **(11)** CT Independencia-Egesur⁶³³ (EGESUR); **(12)** CT Moquegua⁶³⁴ (EGESUR); **(13)** CT Mollendo⁶³⁵ (ELECTROPERU); **(14)** CT Piura-Electroperú⁶³⁶ (ELECTROPERU); **(15)** CT Trujillo⁶³⁷ (ELECTROPERU); **(16)** CT Zarumilla⁶³⁸ (ELECTROPERU); **(17)** CT Diesel de Mantaro⁶³⁹ (ELECTROPERU); **(18)** CT Zorritos⁶⁴⁰ (ELECTROPERU); **(19)** CT Mollendo-Electroperú⁶⁴¹ (ELECTROPERU); **(20)**

de energía eléctrica en los departamentos de Junín y Pasco y algunas provincias de los departamentos de Ayacucho, Huánuco, Huancavelica y Lima; **(2)** las doce centrales térmicas y cinco centrales hidroeléctricas de Electronorte S.A., encargada de prestar el servicio público de electricidad en los departamentos de Lambayeque y Cajamarca; **(3)** las catorce centrales térmicas y cuatro centrales hidroeléctricas de Electro Oriente S.A., que presta el servicio de generación, transmisión, distribución y comercialización en un sistema aislado en las zonas de Loreto, San Martín y Amazonas-Cajamarca; **(4)** la central hidroeléctrica de Electro Puno S.A.A., cuyo objeto es realizar todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad en Puno; **(5)** las cuatro centrales térmicas y las seis centrales hidroeléctricas de Electro Sur Este S.A.A. cuyo objeto es realizar todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad en Cusco, Apurímac, Madre de Dios y la Provincia de Sucre en Ayacucho; **(6)** las tres centrales térmicas de Electro Ucayali S.A. que tiene por objeto realizar actividades de generación, distribución y transmisión de energía eléctrica; **(7)** las tres centrales térmicas y una central hidroeléctrica de Electronoroeste S.A. encargada de la distribución y comercialización de energía eléctrica en las provincias de Piura, Sechura, Sullana, Paita, Talara, Ayabaca, Huancabamba y Morropón, del departamento de Piura; y Contralmirante Villar y Zarumilla en Tumbes; **(8)** las nueve centrales hidroeléctricas y siete centrales térmicas de Hidrandina S.A., cuyo objeto social es la distribución y comercialización de energía eléctrica en Trujillo, La Libertad Norte, Chimbote, Huaraz y Cajamarca.

- 623 Potencia instalada 23.8 MW (Tacna). Resolución Suprema N° 92-95-EM.
624 Potencia instalada 11.9 MW (Tacna). Resolución Suprema N° 4-96-EM.
625 Potencia instalada 14.4 MW (Arequipa). Resolución Suprema N° 33-95-EM.
626 Potencia instalada 135 MW (Arequipa). Resolución Suprema N° 39-95-EM.
627 Potencia instalada 91.4 (Cusco). Resolución Suprema N° 055-2012-EM.
628 Potencia instalada 798 MW (Huancavelica, Junín, Pasco). Resolución Suprema N° 039-2013-EM.
629 Potencia instalada 210.4 MW (Huancavelica). Resolución Suprema N° 059-94-EM.
630 Potencia instalada 110 MW (Puno). Resolución Suprema N° 045-2003-EM.
631 Potencia instalada 15.62 MW (Cusco). Resolución Ministerial N° 034-95-EM/DM.
632 Potencia instalada 0.82 MW (Cusco). Resolución Vice Ministerial N° 235-98-EM/VME.
633 Potencia instalada 25.6 MW (Ica). Gas natural-ciclo simple. Resolución Ministerial N° 243-2010-MEM/DM
634 Potencia instalada 1.06 MW (Moquegua). Resolución Vice Ministerial N° 261-98-EM/VME.
635 Potencia instalada 84 MW (Arequipa). Diesel. Resolución Ministerial N° 203-2012-MEM/DM.
636 Potencia instalada 89.76 MW (Piura). Diesel. Resolución Ministerial N° 336-2012-MEM/DM.
637 Potencia instalada 69.3 MW (La Libertad). Resolución Ministerial N° 266-2009-MEM/DM.
638 Potencia instalada 1.5 MW (Tumbes). Resolución Vice Ministerial N° 273-96-EM/VME.
639 Potencia instalada 1.28 MW (Huancavelica). Resolución Directoral N° 386-93-EM/DGE.
640 Potencia instalada 18.68 MW (Tumbes). Resolución Ministerial N° 245-2008-MEM/DM.
641 Potencia instalada 84 MW (Arequipa). Resolución Ministerial N° 203-2012-MEM/DM.

CT Mollendo⁶⁴² (3) (EGASA); **(21)** CH Charcani III⁶⁴³ (EGASA); **(22)** CH Charcani IV⁶⁴⁴ (EGASA); **(23)** CH Charcani I⁶⁴⁵ (EGASA); **(24)** CT Bellavista (1)⁶⁴⁶ (SAN GABAN); **(25)** CT Taparachi⁶⁴⁷ (SAN GABAN); **(26)** CH Charcani II⁶⁴⁸ (EGASA); **(27)** CT Chilina⁶⁴⁹ (EGASA); y, **(28)** CT Independencia⁶⁵⁰ (EGASA).

Conjuntamente, estas centrales suman una potencia instalada de 1,971.31 MW, en la que predominan ineludiblemente la CH Mantaro (798 MW), la central de mayor envergadura en el Perú, y la CH Restitución (210.4 MW), ambas de titularidad de ELECTROPERU.

Por otro lado, como se ha mencionado en párrafos anteriores, otro aspecto relevante en la generación eléctrica son las inversiones. Las inversiones proyectadas del año 2016 al cuarto trimestre del año 2015, dan como resultado una inversión de US\$ 82,472.00 miles de dólares de las generadoras estatales frente a US\$ 1'298,152.00 miles de dólares de inversión privada⁶⁵¹. Es decir, la inversión de las empresas estatales representó apenas el 6% de la inversión total en el mercado de generación eléctrica en el año 2016.

A lo anterior, debe añadirse que el Perú atraviesa actualmente un período de sobre oferta de energía eléctrica⁶⁵². En ese sentido, el COES recientemente ha calculado el

⁶⁴² Potencia instalada 31.7 MW (Arequipa). Resolución Ministerial N° 412-2007-MEM/DM.

⁶⁴³ Potencia instalada 4.56 MW (Arequipa). Resolución Directoral N° 069-95-EM/DGE.

⁶⁴⁴ Potencia instalada 8.96 MW (Arequipa). Resolución Directoral N° 070-05-EM/DGE.

⁶⁴⁵ Potencia instalada 1.47 MW (Arequipa). Resolución Directoral N° 067-95-EM/DGE.

⁶⁴⁶ Potencia instalada 7.1 MW (Puno). Resolución Ministerial N° 011-2006-MEM/DM.

⁶⁴⁷ Potencia instalada 6.6 MW (Puno). Resolución Vice Ministerial N° 072-2001-EM/VME.

⁶⁴⁸ Potencia instalada 0.79 (Arequipa). Resolución Ministerial N° 068-95-EM/DGE.

⁶⁴⁹ Potencia instalada 48.81 MW (Arequipa). Resolución Ministerial N° 104-95-EM/VME.

⁶⁵⁰ Potencia instalada 74.8 MW (ica). Gas natural-ciclo simple. Resolución Ministerial N° 242-2010-MEM/DM.

⁶⁵¹ Ministerio de Energía y Minas. Inversiones proyectadas del año 2016 al IV trimestre 2015 (miles US\$). Consulta: 25 de mayo de 2016.

<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/IV%20T%20Proyectadas%20al%202016.pdf>

⁶⁵² Para mayor referencia, a continuación algunas noticias. Consulta: 30 de marzo de 2016.

<http://elcomercio.pe/economia/negocios/osinergmin-aprueba-13-proyectos-energia-renovable-noticia-1879636>

<http://elcomercio.pe/economia/peru/tarifas-electricas-aumentan-mas-20-ultimo-ano-noticia-1862192>

margen de reserva para el período 2016-2019, que se obtiene de “la diferencia entre la potencia efectiva y la máxima demanda como porcentaje de esta última”⁶⁵³. Este concepto se calcula en la medida que “[u]na de las garantías de seguridad de la operación de un sistema eléctrico es que en todo momento cuente con **un margen de reserva de generación suficiente para cubrir la operación del sistema ante contingencias o condiciones operativas adversas al sistema**”⁶⁵⁴ (énfasis agregado).

De este modo, el COES ha estimado que en el período 2016-2019 el margen de reserva de generación del SEIN será superior al margen de reserva vigente de 33.3%, motivo por el cual no es necesaria la propuesta de centrales de reserva⁶⁵⁵. Adicionalmente, durante este período, la oferta se incrementará en 3,652 MW de potencia efectiva, respecto del cual 41% se ubicará en la zona sur⁶⁵⁶ (1,498 MW⁶⁵⁷). Al respecto, conviene mencionar el proyecto del Nodo Energético del Sur, que se licitó en el 2014 a través de PROINVERSION, para instalar 1000 MW de generación térmica, a fin de desconcentrar la ubicación de las centrales de generación hacia la zona sur, evitando la dependencia e inseguridad en el suministro del servicio eléctrico⁶⁵⁸. El inicio de operaciones de estas centrales térmicas está previsto para el período 2016-2017⁶⁵⁹.

<http://diariocorreo.pe/economia/sobreoferta-de-energia-electrica-hace-inviable-nuevos-proyectos-654502/>

⁶⁵³ RUIZ, Manuel. Sector eléctrico : balance oferta-demanda (2015-2018). Moneda: Lima. Número 163. 2015, p. 2. Consulta: 30 de marzo de 2016.

<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-163/moneda-163-09.pdf>

⁶⁵⁴ Informe COES/DP-SPL-02-2016, p. 5

⁶⁵⁵ Informe COES/DP-SPL-02-2016, pp. 7-8

⁶⁵⁶ Informe COES/DP-SPL-02-2016, p. 6.

⁶⁵⁷ Informe COES/DP-SPL-02-2016, p. 42.

⁶⁵⁸ PROINVERSION. Plan de promoción de la inversión privada del proyecto Nodo Energético en el Sur del Perú. Febrero 2013, p. 4. Consulta: 26 de setiembre de 2016.

http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/NODO_ENERGETICO/PLAN_MODIFICADO.pdf

⁶⁵⁹ Informe COES/DP-SPL-02-2016, pp. 12.

En esta medida, el MINEM ha afirmado que con los proyectos de generación en construcción del año 2013, “está asegurado el abastecimiento de la demanda hasta el 2017”⁶⁶⁰. Esta situación se plantea en línea con un creciente acceso a la energía en los últimos años. Según cifras del MINEM, la cobertura eléctrica promedio nacional se incrementó en diez años de 57% (1993) a 71% (2003), para finalmente alcanzar un porcentaje de 91% diez años después (2013)⁶⁶¹. Precisamente, con el objetivo de que este porcentaje llegue al 100%, es que el Estado ha implementado una serie de medidas para conseguir un acceso universal a la energía⁶⁶². Ello; sin embargo, considerando las centrales de generación eléctrica de titularidad estatal.

No obstante, conviene señalar que, como señala el autor Alejandro MANAYALLE, pese a ser un mercado competitivo, la generación eléctrica “se concentra en unos pocos agentes públicos y privados”⁶⁶³. En otras palabras, se trata de un mercado concentrado⁶⁶⁴. Esto se aprecia en la siguiente tabla de la estadística preliminar de julio de 2016 citada previamente:

⁶⁶⁰ Balance Oferta/Demanda 2013-2017. Enero 2013, p. 2. Consulta: 24 de setiembre de 2016.
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Balance%20Oferta-Demanda-2013-2017.pdf>

⁶⁶¹ Plan Energético Nacional 2014-2025. Documento de Trabajo. Noviembre 2014, p. 8. Consulta: 24 de setiembre de 2016.
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/2reseje-2014-2025%20vf.pdf>

⁶⁶² A manera de ejemplo, OSINERGMIN estuvo a cargo de la subasta “Suministro de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables en Áreas No Conectadas a Red” en setiembre de 2013, que forma parte de un programa masivo fotovoltaico para zonas aisladas no conectadas a red, promoviendo el uso de paneles solares, siendo los beneficiarios aquellos usuarios (escuelas, hogares y postas médicas en poblados lejanos) que no cuentan con electricidad por red pública. FISE Revista Semestral. Setiembre 2016. Año 3 – Número 1, p. 10. Consulta: 24 de setiembre de 2016.
<http://www.fise.gob.pe/pags/PublicacionesFISE/Revista-Semestral-FISE-2016-I.pdf>

⁶⁶³ MANAYALLE, Alejandro. “Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 14. 2014, p. 431

⁶⁶⁴ MANAYALLE hace una propuesta interesante para desconcentrar el mercado que vale la pena mencionar. En primer lugar, propone la desconcentración de las empresas estatales, mediante una política de privatización que permita el ingreso de nuevos competidores al mercado. Es decir, que no permita la participación de generadores privados que ya se encuentran operando en el mercado. MANAYALLE, Alejandro. “Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 14. 2014, p. 444.

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA EN EMPRESAS DEL MERCADO ELÉCTRICO, SEGÚN GRUPO ECONÓMICO (GW.h)

Nº	Grupo Económico	Empresas	Julio (GW.h)		Participación Julio 2016	Δ 16/15 Julio
			2015*	2016**		
1	Estado	ELECTROPERU	642	569	13,9%	-11,4%
		EGASA	113	115	2,8%	1,3%
		EGEMSA	83	93	2,3%	12,8%
		SAN GABAN	46	43	1,1%	-6,6%
		EGESUR	19	24	0,6%	24,7%
Total Estado			904	844	20,7%	-6,6%
2	Endesa	EDEGEL	559	699	17,1%	25,0%
		EEPSA	38	64	1,6%	70,0%
		CHINANGO	51	39	0,9%	-23,6%
Total Endesa			597	802	19,6%	34,3%
3	ENGIE (ex GDF Suez)	ENGIE*	598	788	19,3%	31,8%
4	Globelec	KALLPA GENERACION	593	612	15,0%	3,2%
5	AEI	FENIX POWER	339	174	4,3%	-48,5%
6	Duke Energy	EGENOR	107	94	2,3%	-11,8%
		TERMOSELVA	25	23	0,6%	-6,8%
Total Duke Energy			132	117	2,9%	-10,9%
7	UNACEM	CELEPSA	60	43	1,1%	-28,9%
8	Otros		518	706	17,3%	36,4%
Total Mercado Eléctrico			3 791	4 088	100%	7,8%

(1) Apartir del 23 de Marzo 2016, Energia del Sur S.A. cambia de razon social a ENGIE ENERGIA PERU S.A.

(*) Fuente: MEM/DGE

(**) Fuente: Información diaria del Portal web del COES SINAC

Fuente y elaboración: MINEM

Se observa que, pese a que las empresas estatales tuvieron una participación en la producción de energía eléctrica de 20.7%, éstas tienen como grupo económico el porcentaje mayor respecto del grupo económico privado que le sigue (Endesa) con 19.6% y la empresa privada que no pertenece a un grupo económico con mayor participación en el mercado, es decir, Engie con 19.3%. Así, la generación eléctrica es un mercado que está repartido entre tres o cuatro grandes generadores, cuyos porcentajes de participación individuales superan el 15%, y varios generadores menores, cuyo porcentaje de participación individual en algunos casos no supera el 5% y en la mayoría de los casos no supera el 1%⁶⁶⁵.

⁶⁶⁵ Ver Anuario Estadístico de Electricidad 2015. Capítulo 9: Participación de las Empresas Estatales y Privadas en el Mercado Eléctrico. Numeral 9.2. Consulta: 24 de setiembre de 2016.
<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Capitulo%209%20Participacion%20de%20Empresas%20Priv%20y%20Est%202015%20FINAL.pdf>

Puede concluirse, por tanto, de manera similar los autores Germá BEL, Joan CALZADA y Xavier FAGEDA para el caso español, que después del proceso de promoción de la inversión privada de la industria eléctrica en el Perú, no se ha producido una entrada significativa de operadores privados en el mercado de generación eléctrica⁶⁶⁶. Conforme al análisis del autor Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, esta alta concentración se explicaría en que la industria eléctrica es un mercado estructuralmente reacio a la competencia, a la entrada de nuevos actores, siendo más fácil mantener una posición de dominio y donde son protagonistas un grupo reducido de agentes con presencia significativa⁶⁶⁷.

Finalmente, en cuanto a la demanda, de acuerdo con el siguiente gráfico del MINEM⁶⁶⁸, la máxima demanda registrada en el SEIN ha incrementado entre el 2005 (3,305 MW) y el 2015 (6,275 MW) en un porcentaje de 89.9% y en un porcentaje de 9.4% entre el 2014 (5,737 MW) y el 2015:

⁶⁶⁶ BEL, Germá; Joan CALZADA y Xavier FAGEDA (2005). "Liberalización en los servicios públicos de red". in Lluís Cases (director) Anuario de la Competencia, Marcial Pons, Barcelona, 177-208. 2005, 19.

⁶⁶⁷ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2003). Infraestructura en Red y Liberalización de los Servicios Públicos, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 370.

⁶⁶⁸ Ver Anuario Estadístico de Electricidad 2015. Capítulo 10: Evoluciones en el subsector eléctrico 2015. Numeral 10.16. Consulta: 27 de setiembre de 2016.
<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Capitulo%2010%20Evoluciones%20en%20el%20SE%202015%20FINAL.pdf>



Fuente y elaboración: MINEM

Como se observa, la demanda de energía eléctrica ha incrementado significativamente en los últimos años y todo parece indicar que ésta continuará en aumento. Al respecto, según cálculos del especialista en políticas de crecimiento económico del Banco Central de Reserva del Perú, Manuel RUIZ, la máxima demanda total en el año 2018 ascendería a 8,119 MW⁶⁶⁹, es decir, en tres años la máxima demanda total incrementaría en alrededor de 29%. Considerando ello, RUIZ calculó la relación entre la oferta y la demanda en dos escenarios, un escenario base y otro de riesgo.

Conviene advertir que en el escenario de riesgo, RUIZ concluyó que a partir de junio de 2018 existiría interrupción del suministro eléctrico con márgenes de reserva inferiores a 10%, porcentaje que podría transformarse en 20% en caso de interrupción total y prolongada del suministro de gas natural de Camisea (período mayor a siete días) por una falla considerable del ducto de Transportadora de Gas del Perú S.A.⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ RUIZ, Manuel. Sector eléctrico. Balance oferta-demanda (2015-2018). Banco Central de Reserva:2015, p. 46. Consulta: 27 de setiembre de 2016.

⁶⁷⁰ RUIZ, Manuel. Sector eléctrico. Balance oferta-demanda (2015-2018). Banco Central de Reserva:2015, p. 46.

Estos resultados se explican en diversos factores propios de la naturaleza del funcionamiento de la industria eléctrica como son el crecimiento considerable de la demanda, el factor de estiaje (escasez de lluvias), conflictos sociales⁶⁷¹, entre otros.

Al respecto, conviene advertir que, como señala CABALLERO SÁNCHEZ, la competencia en el mercado eléctrico solo será auténtica si:

*(...) en nuestro sistema de abastecimiento –bastante cerrado, como se ha dicho– **contamos con cierta capacidad excedentaria estructural** (aunque, como es sabido, oferta y demanda deben ser siempre coincidentes para esta energía que no es acumulable y que es de producción instantánea). La hidraulicidad y las temperaturas condicionan de modo notable y a veces no predecible la evolución de la oferta y de la demanda de electricidad, respectivamente. Es decir, **sólo habrá verdadera pugna entre las compañías productoras de electricidad si la potencia instalada del parque conjunto de generación supera con holgura la demanda eléctrica**⁶⁷² (énfasis agregado).*

Como evidencia de esta preocupación por el rápido crecimiento de la demanda eléctrica a nivel normativo, conviene señalar como ejemplo el Decreto Supremo N° 044-2014-EM, que ha dispuesto recientemente que en las situaciones de emergencia o graves deficiencias del servicio eléctrico por falta de capacidad de producción y/o transporte declaradas por el MINEM, esta entidad establecerá “la empresa pública que adoptará la medida dispuesta, así como la magnitud de la capacidad adicional de generación y/o transporte de naturaleza temporal necesaria para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro de energía eléctrica en el SEIN” (artículo 2°).

Al respecto, en la exposición de motivos de esta norma, se señala que su finalidad es atender oportunamente el crecimiento de la demanda que pudiera dar lugar a eventos de restricción temporal de generación por diversas causas tales como “la congestión en el sistema de transmisión de electricidad, congestión en el sistema de transporte de

⁶⁷¹ RUIZ, Manuel. Sector eléctrico. Balance oferta-demanda (2015-2018). Banco Central de Reserva: 2015, p. 45.

⁶⁷² CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael; pp. 392-393.

gas, fallas de generación, retrasos en la ejecución de nuevos proyectos o de refuerzos, eventos naturales”⁶⁷³. Como se advierte, ninguna de estas posibles deficiencias es ajena al funcionamiento del subsector eléctrico por más modernizada que esté la industria y, en ese sentido, siempre podrán desafiar la confiabilidad del sistema.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se observa un mercado de generación eléctrica caracterizado por un incremento anual acelerado de la demanda y en el que la participación privada predomina en: (i) la producción eléctrica; (ii) los proyectos que entrarán en operación en los próximos cinco años; y, (iii) la inversión. No obstante, conviene precisar que las empresas estatales tienen una participación conjunta significativa y mayor respecto a la participación individual de las empresas privadas, además de ser las primeras las que operan las centrales de generación eléctrica de mayor envergadura y más importantes del país.

Adicionalmente, se trata de un mercado concentrado en unos pocos agentes estatales y privados; y, que si bien actualmente atraviesa por un escenario de sobre oferta, es una situación que, dadas las propias deficiencias técnicas que pueden manifestarse en esta industria, podría variar a largo plazo. En ese sentido, existen estudios que advierten que para el año 2018, debido a diversas causas propias del funcionamiento de la industria eléctrica, podrían ocurrir interrupciones del suministro eléctrico a nivel nacional. Como se ha visto, esta preocupación actual se corrobora además a nivel normativo.

4.4 Cuestionando la aplicación del principio de subsidiariedad a propósito de las generadoras estatales

⁶⁷³ Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 044-2014-EM, p. 1.

Como se adelantó en el tercer capítulo, la metodología planteada por INDECOPI no es aceptada unánimemente por la doctrina. En su momento, el vocal Héctor TAPIA CANO, en su voto en discordia al precedente de observancia obligatoria aprobado por INDECOPI, sugirió que éste debía ser **reenfocado**, “considerando el rol del Estado en la actividad empresarial desde el punto de vista legal, económico y social”⁶⁷⁴.

En esta medida, sostuvo lo siguiente: “En el ámbito económico debería considerarse que para alcanzar la prosperidad necesitamos un país más equitativo, más justo, más productivo y más competitivo, **donde el Estado asuma un rol activo** para crear condiciones de igualdad de competencia y crear mecanismos para igualar oportunidades”⁶⁷⁵ (énfasis agregado). De este modo, concluyó lo siguiente:

*(...) si bien reconozco que el voto en mayoría procura con su interpretación eliminar los márgenes de discrecionalidad que tienen las empresas y entidades públicas para el desarrollo de actividad empresarial, mi voto en discordia es porque no se apruebe un Precedente de Observancia Obligatoria **mientras no se profundice el análisis de los aspectos económicos y sociales** en la evaluación de la actividad empresarial de los gobiernos locales y las universidades. En tal sentido, mi criterio es que debería analizarse empresa por empresa o caso por caso, **en función a las particulares condiciones que motivaron su creación**”⁶⁷⁶ (énfasis agregado).*

Como se observa, la crítica del vocal TAPIA CANO se refirió a los criterios considerados por INDECOPI para determinar si la permanencia de la empresa estatal en el mercado tiene o no justificación constitucional. Si bien no lo mencionó expresamente, de lo anterior se desprende que lo que cuestiona en la metodología desarrollada en el precedente de observancia obligatoria es que se están considerando meramente los aspectos económicos que motivaron la creación de la empresa estatal, en lugar de tener en cuenta además los aspectos sociales.

⁶⁷⁴ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, página 52.

⁶⁷⁵ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, página 52-53.

⁶⁷⁶ Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI, página 53.

Comentando la Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI, existen por un lado autores como BULLARD que considera que “usa criterios bastante razonables”⁶⁷⁷, calificándola además como “una de las resoluciones más importantes y mejor sustentadas de los últimos años”⁶⁷⁸. De manera similar, DIEZ CANSECO y BULEJE han señalado que “merece una mención honrosa el INDECOPI (a través del tribunal y la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal) al haber ejecutado lo dispuesto en la LRCD [Decreto Legislativo N° 1044] y no permitir que la misma constituya letra muerta en nuestro ordenamiento”⁶⁷⁹. En esta línea, GUZMÁN ha considerado que “[n]os encontramos ante un importante precedente que permite interpretar debidamente el principio de subsidiariedad”⁶⁸⁰.

Otros autores como QUINTANA, cuya postura hemos desarrollado previamente, plantean observaciones a la exclusión de este análisis de las actividades asistenciales y el hecho de que el interés público o manifiesta conveniencia nacional deba estar expresamente contenido en el texto de la norma, en lugar de encontrarse, por ejemplo, en su exposición de motivos. Para QUINTANA, estas observaciones significan que “hay aspectos de la Resolución que deben ser revaluados y corregidos”⁶⁸¹. No

⁶⁷⁷ BULLARD, Alfredo El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad (2011). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, p. 207.

⁶⁷⁸ BULLARD, Alfredo El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad (2011). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, p. 209.

⁶⁷⁹ BULEJE, Crpssby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SC!-INDECOPI” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, p. 233.

⁶⁸⁰ GUZMAN, Christian. “El principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente del INDECOPI”. En: Actualidad Jurídica. Número 206 (2011), p. 47.

⁶⁸¹ QUINTANA, Eduardo. “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” (2011). En: Diálogo con la jurisprudencia. Número 149, p. 33.

El autor justifica esta conclusión en que estas observaciones “de un lado acortan – innecesariamente- el ámbito de aplicación del numeral 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, al exonerar de plano las prestaciones asistenciales por parte del Estado de toda revisión; mientras que de otro lado, amplían indebidamente la posibilidad de prohibir actividad empresarial del Estado válida, al aplicar una presunción bastante formalista e incumplimiento constitucional” (p. 33).

obstante, de manera general, ha coincidido con lo señalado en la Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI⁶⁸².

OCHOA va más allá en su crítica a la metodología aprobada por INDECOPI y, de hecho, es la postura más extrema en este aspecto. Este autor ha señalado que la metodología solamente es correcta con relación a los primeros dos niveles de análisis: **(i)** verificar que se trate de una actividad de tipo empresarial; y, **(ii)** verificar que cumple con el requisito formal del artículo 60° de la Constitución, es decir, que la actividad empresarial del Estado se encuentre autorizada por ley expresa⁶⁸³. Sin embargo, respecto a la evaluación de fondo, es decir, su carácter subsidiario y los fines de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, señala enfáticamente que éstos **“no son materia de competencia del INDECOPI”**⁶⁸⁴ (énfasis agregado). Por ello, concluye que se trata de “un precedente manifiestamente inconstitucional e ilegal que colisiona con el ordenamiento democrático”⁶⁸⁵.

Sostiene este autor que el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado se fundamenta en un juicio de valoración política del Congreso de la República, por lo que INDECOPI “que es un organismo dependiente del Poder Ejecutivo, cuya capacidad jurídica y de actuación está legalmente circunscrita a la protección del mercado y los derechos de la propiedad intelectual- no está legitimado constitucional ni legalmente para sustituir esa apreciación política por su apreciación supuestamente tecnocrática”⁶⁸⁶. En este aspecto, cita a ARIÑO, autor que señala que:

⁶⁸² QUINTANA, Eduardo. “El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” (2011). En: Diálogo con la jurisprudencia. Número 149, p. 30.

⁶⁸³ OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. En: Actualidad Jurídica 206 (2011), p. 36.

⁶⁸⁴ OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. En: Actualidad Jurídica 206 (2011), p. 36.

⁶⁸⁵ OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. En: Actualidad Jurídica 206 (2011), p. 37.

⁶⁸⁶ OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. Actualidad Jurídica- Número 206 (2011), p. 36.

*Salvo en algún caso verdaderamente impensable o ridículo (por ejemplo, que se declarase servicio esencial la fabricación de bikinis o de pelucas para señora), lo cual no es probable que se dé, cualquier apreciación que haga el Parlamento sobre la trascendencia de un recurso para la economía nacional (y, por tanto, su reserva al Sector Público) **es un juicio de valoración política que no puede revisar un Tribunal (ni si quiera el Tribunal Constitucional)***⁶⁸⁷ (énfasis agregado).

En ese sentido, en el ámbito de esta decisión política del Congreso, “la apreciación sobre las insuficiencia de la iniciativa privada puede estar con relación a la existencia de determinados sectores que precisan de intervención económica para la consecución de los fines sociales del orden económico constitucional”⁶⁸⁸. De este modo, en línea con lo cuestionado por el vocal TAPIA CANO, más allá de la falta de competencia de INDECOPI, OCHOA critica el hecho de que no se consideren los fines sociales que sustentaron la decisión política del Estado de intervenir empresarialmente en el mercado.

La postura en un extremo contrario es la de BULLARD, autor que discrepa de lo anterior, señalando que “[e]l concepto de “subsidiariedad” **es económico antes que legal**, y depende de las circunstancias de cada caso en cada momento. Lo que hoy es subsidiario mañana puede dejar de serlo”⁶⁸⁹ (énfasis agregado). Así, continúa afirmando que: “Las condiciones de oferta y demanda, el tamaño del mercado, los niveles de ingreso de los consumidores, la tecnología disponible en cada momento, las barreras económicas o legales, cambian. **Lo que hoy es subsidiario puede dejar de serlo mañana y viceversa**”⁶⁹⁰ (énfasis agregado).

Entonces, BULLARD concluye que cuando el Congreso aprueba la ley autoritativa “lo que hace es calificar el carácter de alto interés público o manifiesta conveniencia

⁶⁸⁷ OCHOA, César, p. 37. ARIÑO, Gaspar. Economía y Estado: crisis y reforma del sector público. Marcial Pons: 1993, p. 117

⁶⁸⁸ OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. Actualidad Jurídica-Número 206 (2011), p. 36.

⁶⁸⁹ BULLARD, Alfredo El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad (2011). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, p. 203.

⁶⁹⁰ BULLARD, Alfredo El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad (2011). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, p. 203.

nacional de la actividad en abstracto. Pero **no califica el carácter subsidiario**. Ello tiene que evaluarse en cada momento y circunstancia en que se presente un caso⁶⁹¹ (énfasis agregado). Este razonamiento es completamente opuesto al planteado por OCHOA, por lo que ambas grafican claramente las dos posiciones en torno a la metodología de aplicación del principio de subsidiariedad aprobada por INDECOPI.

Una postura que consideramos intermedia es la de KRESALJA. A diferencia de OCHOA, este autor no cuestiona la competencia de INDECOPI respecto a la aprobación de una metodología para determinar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, aunque sí cuestiona su competencia respecto a una evaluación del alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional. Su crítica más bien apunta al análisis que esta entidad utiliza para evaluar el cumplimiento del artículo 60° de la Constitución y, en ese sentido, es contraria a la postura de BULLARD, quien en este aspecto señala que la subsidiariedad es un concepto meramente económico.

Así, KRESALJA ha advertido, en primer lugar, que “INDECOPI ha teñido la definición del principio de subsidiariedad de un contenido que lo aísla de su contenido integral (...) para darle **un sentido de contenido exclusivamente económico, dejando de lado un conjunto de aspectos de interés público que deben ser tomadas en consideración** para un análisis no solo del principio sino de los casos concretos que se presenten”⁶⁹² (énfasis agregado).

En esta medida, este autor ha concluido que: “La interpretación administrativa del principio de subsidiariedad está, pues, teñida de una ideología que **privilegia sin contención la actividad privada** en todos los campos posibles, impidiendo acciones

⁶⁹¹ BULLARD, Alfredo El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad (2011). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 10, p. 203.

⁶⁹² KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 179.

de otro tipo que son necesarias para la comunidad”⁶⁹³ (énfasis agregado). Por esta razón, propone incluir en el análisis de INDECOPI aquellos “[a]spectos vinculados con el funcionamiento más preciso de las empresas públicas, el propio concepto de utilidad y bienestar social, los efectos en la competencia económica, son algunas variables que podrían acogerse seguramente y que podrían perfeccionar el modelo de los tres escenarios escogidos para evaluar el carácter subsidiario de la empresa estatal”⁶⁹⁴.

Al respecto, coincidimos con la postura de KRESALJA y, en ese sentido, consideramos necesaria una reevaluación de la metodología desarrollada por INDECOPI en la Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI. Conviene advertir, que la necesidad de un replanteamiento no es latente en casos como la Universidad del Altiplano, que motivó el precedente de observancia obligatoria, pues allí es evidente la inexistencia del carácter subsidiario de una pollería estatal. A nuestro juicio, este es un ejemplo de lo que ARIÑO calificaría como “un caso verdaderamente impensable o ridículo”⁶⁹⁵.

Por el contrario, consideramos que esta reevaluación se hace evidentemente necesaria en un caso como el de la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica. Incluso, afirmamos que se trata de un caso particularmente especial: si bien no califica como servicio público⁶⁹⁶, la generación eléctrica no es como cualquier mercado competitivo, pues sostiene y de su continuidad dependen dos servicios públicos (transmisión y distribución eléctrica). En ese sentido, el análisis que INDECOPI aplica a la fecha para evaluar cualquier actividad económica, no debe ser

⁶⁹³ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 179.

⁶⁹⁴ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), p. 180.

⁶⁹⁵ ARIÑO, Gaspar. Economía y Estado: crisis y reforma del sector público. Marcial Pons: 1993, p. 117

⁶⁹⁶ Ley de Concesiones Eléctricas. Decreto Ley N° 25844.

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y,

b) La transmisión y distribución de electricidad.

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública”.

aplicado de la misma manera a la generación eléctrica, cuyas particularidades exigen un análisis que no solamente incorpore elementos económicos.

En ese sentido, coincidimos con CAIRAMPOMA respecto a que “a diferencia del modelo de Economía de Mercado, debemos tener en cuenta que el nuestro es de **Economía Social de Mercado y se ha dejado abierta**, aunque restringida, **la posibilidad que el Estado intervenga**, no quizá como el caso de la Unión Europea donde existe libertad para la creación de empresas, pero sí **cuando exista razones justificadas para ello (aspecto positivo del principio de subsidiariedad)**”⁶⁹⁷ (énfasis agregado).

En esta medida, es momento de incorporar a nuestro análisis aquellas razones que podrían justificar la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica, a partir, como señala CAIRAMPOMA, del principio de economía social de mercado, que como previamente hemos desarrollado se encuentra reconocido en el artículo 58° de la Constitución.

4.5 La empresa estatal de generación eléctrica como solución de última ratio

Para determinar si está justificada la actividad empresarial del Estado, es necesario tener en cuenta, en primer lugar que, como ha señalado HUAPAYA, la empresa estatal es una “solución de última ratio”⁶⁹⁸. Esta expresión se debe a que se trata de una figura “que opera cuando la iniciativa privada, pese a haber sido convocada, no se interesa en la prestación de un bien o servicio”⁶⁹⁹. De este modo, advierte este autor

⁶⁹⁷ CAIRAMPOMA, Alberto. “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano. Aportes para un Estado eficiente”. En: Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra Editores, 2012, p. 328.

⁶⁹⁸ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución” (2012). En: Sociedad de Economía y Derecho. Número 27, p. 696.

⁶⁹⁹ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución” (2012). En: Sociedad de Economía y Derecho. Número 27, p. 696.

que, antes de constituir una empresa estatal, el Estado puede “convocar a concesiones, la realización de contratos de colaboración público-privada, o inclusive puede asumir por un tercero la construcción de una infraestructura o bien necesario para la colectividad, usando la Ley de Contrataciones del Estado, por ejemplo”⁷⁰⁰.

Sobre el particular, podría entenderse que, de manera análoga al subprincipio de necesidad en el test de proporcionalidad, en tanto solución de última ratio, debe “acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva”⁷⁰¹. De ahí que antes de cumplir con los objetivos de interés público o manifiesta conveniencia nacional a través de una empresa estatal, comúnmente se prefiere optar por convocar a concurso público o en general cualquiera de las modalidades para la promoción de la inversión privada.

Al respecto, resulta pertinente cuestionar la posición antes descrita con lo señalado por el autor Luis PRIETO SANCHIS, quien señala que con este ejercicio de necesidad “no basta con constatar que la medida enjuiciada comporta un cierto sacrificio en aras de la consecución de un fin legítimo, sino que invita a “imaginar” o “pronosticar” si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva”⁷⁰² (énfasis agregado). Esto último permite introducir la interrogante respecto de hasta qué punto debe hacerse el ejercicio de buscar una alternativa menos intervencionista que la empresa estatal o si realmente el objetivo detrás de quienes respaldan esta postura sea que siempre haya una alternativa que deba implementarse antes de la empresa estatal, de manera que esta última nunca sea una opción.

⁷⁰⁰ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución” (2012). En: Sociedad de Economía y Derecho. Número 27, p. 696.

⁷⁰¹ PIETRO SANCHIS, Luis. “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”. En: Cuadernos de Derecho Público. 1997-2007. Número 11. 2002, p. 23.

⁷⁰² PIETRO SANCHIS, Luis; p.23.

En esta línea, comentando sobre el ordenamiento jurídico español, PRIETO SANCHIS advierte que:

*De ahí, tal vez, que el Tribunal Constitucional se haya mostrado muy **circunspecto a la hora de utilizar este juicio [necesidad]**, al menos cuando se trata de controlar al legislador: éste goza de un amplio margen de apreciación y la labor de ponderación “se ciñe a comprobar si se ha producido **un sacrificio patentemente innecesario** de los derechos..., de modo que si sólo a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar los fines de protección análogos, **resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo** de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades perseguidas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma...”⁷⁰³ (énfasis agregado).*

Considerando lo anterior, conviene evaluar las medidas que ha adoptado el Estado para introducir la competencia y, en general, mejorar el funcionamiento del mercado de generación eléctrica, análisis que adquiere relevancia teniendo en cuenta que está caracterizada por la existencia de un número significativo de barreras de entrada⁷⁰⁴. Según MANAYALLE, éstas son principalmente la gran cantidad de permisos municipales y ambientales necesarios para la construcción y operación de centrales de generación, donde varias jurisdicciones municipales están involucradas, dificultando su trámite y obtención, pues los inversionistas se ven obligados a tramitar procedimientos independientes para obtener estos títulos habilitantes⁷⁰⁵. Otra barrera de entrada considerada por este autor es la regulación tarifaria, que desincentivaría también la

⁷⁰³ PIETRO SANCHIS, Luis; pp.23-24.

⁷⁰⁴ MANAYALLE, Alejandro. “Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 14. 2014, p. 439.

Esto fue advertido además por OSINERGMIN en el 2005 que, refiriéndose a la generación eléctrica, señaló lo siguiente: “Un resultado importante del modelo es que los precios tenderán a incrementarse y la inversión será siempre limitada, lo cual sería el resultado de un mercado concentrado con barreras a la entrada y afectado además por la existencia de incertidumbre en la demanda la cual generará menor inversión que en un escenario determinístico”. DAMMERT, Alfredo, Raúl GARCÍA y Lennin QUISO. “Dinámica de la Inversión en Generación de Electricidad en el Perú”. Preparado para el XXII Encuentro de Economistas del Banco Central de Reserva del Perú. Noviembre, 2005, p. 22.

⁷⁰⁵ MANAYALLE, Alejandro. “Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 14. 2014, p. 443.

inversión privada, pues genera una distorsión de precios que “colocan indebidamente a algunas generadoras en mejor posición que otras”⁷⁰⁶.

La existencia de barreras de entrada desincentiva la inversión privada y, en esa medida, hace necesaria la intervención del Estado para promover la competencia, ya sea eliminando, mitigando o previniendo estas restricciones⁷⁰⁷. En el caso particular de la generación eléctrica, el Estado ha implementado una serie de medidas, en su intento por atraer la inversión privada y, en otros casos, por corregir las distorsiones que las primeras medidas ocasionaron en el mercado. En efecto, los autores DEFILIPPI, PAREDES y VERA han concluido que “[l]a tendencia de corregir distorsiones mediante la introducción de nuevas distorsiones ha marcado la política energética con posterioridad a la reforma del 2006”⁷⁰⁸.

Algunas de estas medidas que el Estado ha implementado en la generación eléctrica, a partir del 2006, y que consideramos las más relevantes, son las que describimos a continuación⁷⁰⁹:

⁷⁰⁶ MANAYALLE, Alejandro. “Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 14. 2014, p. 443. Según este autor, esto ha traído como consecuencia que se licite capacidad contratada a través de PROINVERSION, a precios independientes y firmes.

Por otro lado, DAMMERT, GARCÍA y PÉREZ-REYES han identificado barreras de entrada en el caso particular de las centrales hidroeléctricas. DAMMERT, Alfredo; Raúl GARCÍA y Raúl PEREZ-REYES. “Análisis de las barreras y facilidades para la inversión en centrales hidroeléctricas”. Documento de Trabajo N° 24. Oficina de Estudios Económicos. Diciembre, 2006, Consulta: 28 de setiembre de 2016.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_24.pdf

⁷⁰⁷ *El objetivo fundamental de la política de libre competencia es el mantenimiento del proceso competitivo en sí a través de la eliminación o prevención de todo tipo de restricciones. Esto permite asegurar la libertad de elegir y brinda la posibilidad a cada nueva empresa de poder introducirse en un mercado en el que no ha operado anteriormente, sin que tal acceso se vea obstaculizado por barreras de entrada artificiales, compitiendo en igualdad de condiciones con las empresas ya instaladas.* FLINT BLANCK, Pinkas. Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia. Fondo Editorial PUCP: 2002, p. 224.

⁷⁰⁸ DEFILIPPI, Enzo; Carlos PAREDES y Rafael VERA. Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente. Cuadernos de investigación: Universidad de San Martín de Porres, 2013, p. 57. Consulta: 28 de setiembre de 2016. http://institutodelperu.org.pe/descargas/Publicaciones/DelInstitutodelPeru/DOC/mercado_electrico_en_el_peru_versin_final_fondo_editorial.pdf

⁷⁰⁹ Esta subdivisión en medidas económicas, medidas de planificación de los proyectos de generación y medidas operativas ha sido desarrollada gracias a la colaboración de Eduardo Ramos Arechaga, gran abogado y gran amigo.

Medidas económicas

(i) Costos marginales “idealizados”⁷¹⁰: Decreto de Urgencia N° 049-2008:

A partir de lo dispuesto por la Ley de Concesiones Eléctricas, en el año 1992, la industria eléctrica se subdivide en dos grandes mercados: el mercado libre o “mercado *spot*” (venta de energía y potencia entre generadores, generadores a usuarios libres y generadores a distribuidores); y, el mercado regulado (venta de energía y potencia de distribuidores a usuarios regulados).

En el primer escenario, las transacciones se realizan a un precio *spot*, en Perú denominado **costo marginal de corto plazo**; y, en el segundo escenario, a precio regulado o **precio (tarifa) en barra**. Por un lado, el costo marginal de corto plazo fue definido por la Ley de Concesiones Eléctricas como⁷¹¹ “*el costo en que se incurre para producir una unidad adicional de energía, o alternativamente el ahorro obtenido al dejar de producir una unidad*” y se determinaba “*considerando la demanda y el parque de generación disponible*”, es decir, en un momento determinado.

Por otro lado, el precio en barra es fijado anualmente por OSINERGMIN, sobre la base de proyecciones de la demanda, por lo que la demanda real y las condiciones del parque generador que inciden en el costo marginal de corto plazo en tiempo real, no son tomados en cuenta en la fijación de los precios en barra que entran en vigencia en mayo, mes en el que inicia el período tarifario de cada año.

⁷¹⁰ Término empleado en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 041-2008-EM.

⁷¹¹ Esta definición varió en el 2006 con la Ley N° 28832: “5. COSTO MARGINAL DE CORTO PLAZO: Costo de producir una unidad adicional de electricidad en cualquier barra del sistema de generación-transporte. Éste varía por barra o nodo”.

A fines del año 2013, como consecuencia de una escasez de lluvias que ocasionó “la sequía más severa de los últimos diez años”, el costo marginal de corto plazo (sujeto a las condiciones cambiantes del parque de generación cuya producción de energía eléctrica era preponderantemente de origen hidráulico⁷¹²) se incrementó sustancialmente, resultando superior al precio en barra, incrementando la brecha entre ambos, como se muestra con claridad a continuación:

Mes	Costo Marginal (\$./MWh)	Tarifa en Barra (\$./MWh)
Ene	51,20	24,32
Feb	36,60	24,51
Mar	32,52	24,60
Abr	54,50	24,44
May	108,50	24,17
Jun	99,39	24,27
Jul	97,57	24,49
Ago	111,60	25,11
Sep	112,39	25,90
Oct	64,06	25,96
Nov	23,94	32,40
Dic	31,45	32,46

Fuente y elaboración: MINEM⁷¹³

Este resultado ocasionó que los generadores no tuvieran incentivos para construir nuevas centrales o suscribir contratos de potencia y energía destinados al abastecimiento del mercado regulado⁷¹⁴, pues como se observa podían obtener una ganancia sustancialmente mayor comercializando potencia y energía en el mercado *spot*.

En este contexto, se implementaron una serie de medidas con carácter de urgencia (Decreto de Urgencia N° 007-2004⁷¹⁵ y Decreto de Urgencia N° 007-2006⁷¹⁶), que se

⁷¹² 81 % de origen hidráulico versus 13% de origen térmico en el 2003 y 72% de origen hidráulico versus 28% de origen térmico en el 2004. En: Ministerio de Energía y Minas. *Anuario Estadístico de Electricidad 2004*. Versión preliminar. Junio 2005, p. 15. Consulta 17 de mayo de 2016-05-17 <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/promocion%20electrica/anuarios%20estadisticos/anuarioestadistico2004.pdf>

⁷¹³ Anuario Estadístico de Electricidad 2004, p. 111.

⁷¹⁴ FLOREZ ARAOZ, Rosa María, p. 63.

⁷¹⁵ “Que, desde el 1 de enero de 2004, algunas empresas distribuidoras de electricidad han venido efectuando retiros físicos de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) para atender la demanda de sus clientes sujetos a regulación de precios, sin contar con contratos de suministro de electricidad con empresas generadoras, situación extraordinaria que no se encuentra prevista en la normatividad vigente y que ha impedido al Comité de Operación Económica del Sistema (COES) determinar la asignación definitiva de los retiros efectuados, los

consolidaron en el año 2006 con la promulgación de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, que plantea en su artículo 5.1 que: “Es obligación del Distribuidor **iniciar un proceso de Licitación** con una anticipación mínima de tres (3) años, **a fin de evitar que la demanda de sus Usuarios Regulados quede sin cobertura de contratos**” (énfasis agregado). Así, se establece la modalidad de la licitación a precios firmes para incentivar a los generadores a suscribir contratos con los distribuidores que abastecen el mercado regulado.

No obstante lo anterior, al año 2008, la industria eléctrica continuaba experimentando el fenómeno de los distribuidores que retiraban potencia y energía para atender al mercado regulado sin contar con contratos de suministro con las generadoras “**debido a la escasez de energía** eficiente en el sistema” (énfasis agregado), lo que ocasionaba “el riesgo de crear efectos económicos y financieros perjudiciales y no previstos en la normatividad vigente, consistentes en el rompimiento de la cadena de pagos, haciendo peligrar la estabilidad económica del sistema eléctrico y la continuidad del Servicio Público de Electricidad”⁷¹⁷.

A lo anterior, se sumó “el **alto crecimiento de la demanda** eléctrica” que influyó en “el **mayor uso del gas natural de Camisea**, el cual debe ser transportado desde los yacimientos ubicados en el Cuzco hasta la ciudad de Lima a través de la Red Principal” (énfasis agregado). Este crecimiento no previsto de la demanda, exigió “con

mismos que se encuentran impagos, causando gran perjuicio para las empresas generadoras integrantes del SEIN” (énfasis agregado).

⁷¹⁶ “Que, a inicios del año 2004, **el inusitado incremento de la brecha entre los costos marginales de corto plazo para la generación de electricidad y la Tarifa en Barra fijada por OSINERG, produjo una falta de incentivos en las empresas generadoras de electricidad para contratar potencia y energía destinadas al mercado de usuarios regulados**, lo que trajo como consecuencia que algunas empresas distribuidoras de electricidad efectuasen retiros físicos de potencia y energía del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, el SEIN) para atender la demanda de sus usuarios regulados, sin contar con los respectivos contratos de suministro con las empresas generadoras, originándose con ello un problema económico y financiero grave, extraordinario y no previsto en la normatividad vigente, consistente en el rompimiento de la cadena de pagos, que puso en peligro la estabilidad económica el sistema eléctrico y la continuidad del Servicio Público de Electricidad” (énfasis agregado).

⁷¹⁷ Parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 049-2008.

urgencia la ampliación de la Red Principal”, por lo que mientras durase este proceso de ampliación “podrían presentarse **eventos de restricción en el suministro de gas natural a las centrales termoeléctricas debido a congestión en la capacidad de transporte de los gasoductos**”⁷¹⁸ (énfasis agregado).

Estas restricciones en la producción y transporte de gas natural también incrementaron los costos marginales de corto plazo, motivando principalmente este último hecho la promulgación del Decreto de Urgencia N° 049-2008, en cuyo artículo 1° se establecieron los criterios que a continuación se detallan y que conjuntamente hoy se conocen como “costos marginales idealizados”⁷¹⁹:

“Artículo 1.- Costos Marginales de Corto Plazo

Para efectos del despacho económico a que se refiere el marco regulatorio de electricidad, se seguirán los siguientes criterios:

*1.1 Los costos marginales de corto plazo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), **se determinarán considerando que no existe restricción de producción o transporte de gas natural ni de transmisión de electricidad.***

*1.2 Los costos marginales referidos en el numeral anterior **no podrán ser superiores a un valor límite que será definido por el Ministerio de Energía y Minas** mediante Resolución Ministerial.*

*1.3 La diferencia entre los costos variables de operación en que incurran las centrales que operan con costos variables superiores a los costos marginales determinados conforme al numeral 1.1 y dichos costos marginales, **será cubierta mediante un cargo adicional en el Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión**” (énfasis agregado).*

La vigencia de esta disposición estaba prevista inicialmente desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2011. No obstante, mediante Decreto de Urgencia N° 079-2010, se prorrogó su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013. El motivo de esta prórroga fue que pese a que en los años 2009 y 2010 se llevaron a cabo diversos procesos de licitación para el desarrollo de nueva infraestructura de transmisión y nueva oferta de generación, que permitiera minimizar los riesgos de la congestión, la construcción y puesta en operación comercial de estas nuevas infraestructuras, éstas

⁷¹⁸ Parte considerativa del Decreto Legislativo N° 1041.

⁷¹⁹ A nivel normativo, el término fue utilizado primero por el Decreto Supremo N° 041-2008-EM, que solo lo consideraba como costo marginal de corto plazo sin situación de congestión. Si bien el Decreto de Urgencia N° 049-2008 no lo señala expresamente como “idealizado”, la industria eléctrica le ha asignado tal denominación.

recién culminarían hacia fines del año 2013, momento a partir del cual se superaría la situación que motivó el Decreto de Urgencia N° 049-2008⁷²⁰.

Posteriormente, mediante la Ley N° 30115, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, nuevamente se prorrogó su vigencia, esta vez al 31 de diciembre de 2016. Sin embargo, lo que sorprende en esta oportunidad es que no se expresan las razones que motivan la continuación de la situación antes descrita, aunque se señala que éste se debe al retraso en la ampliación del ducto de Camisea⁷²¹. Tampoco se encuentra motivación alguna en el expediente del proyecto de esta ley. De este modo, en el diario de debates se aprecia que el congresista Apaza Ordoñez lo propone sin expresar justificación alguna, lo que no es cuestionado por ninguno de los asistentes⁷²². Del mismo modo, mediante Ley N° 30513, publicada el 4 de noviembre de 2016, nuevamente sin explicación alguna, se prorrogó su vigencia hasta el 1 de octubre de 2017.

No cabe duda que esta intervención estatal en la industria eléctrica “distorsiona las señales de precios”⁷²³ de venta de la energía eléctrica, enviando “una señal clara a los inversionistas que las reglas del juego pueden modificarse para resolver presiones políticas de corto plazo o ceder ante tentaciones populistas de mantener precios artificialmente bajos”⁷²⁴.

⁷²⁰ Parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 079-2010.

⁷²¹ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 57. Consulta 17 de mayo de 2016.

http://institutodelperu.org.pe/descargas/Publicaciones/DelInstitutodelPeru/DOC/mercado_electrico_en_el_peru_versin_final_fondo_editorial.pdf

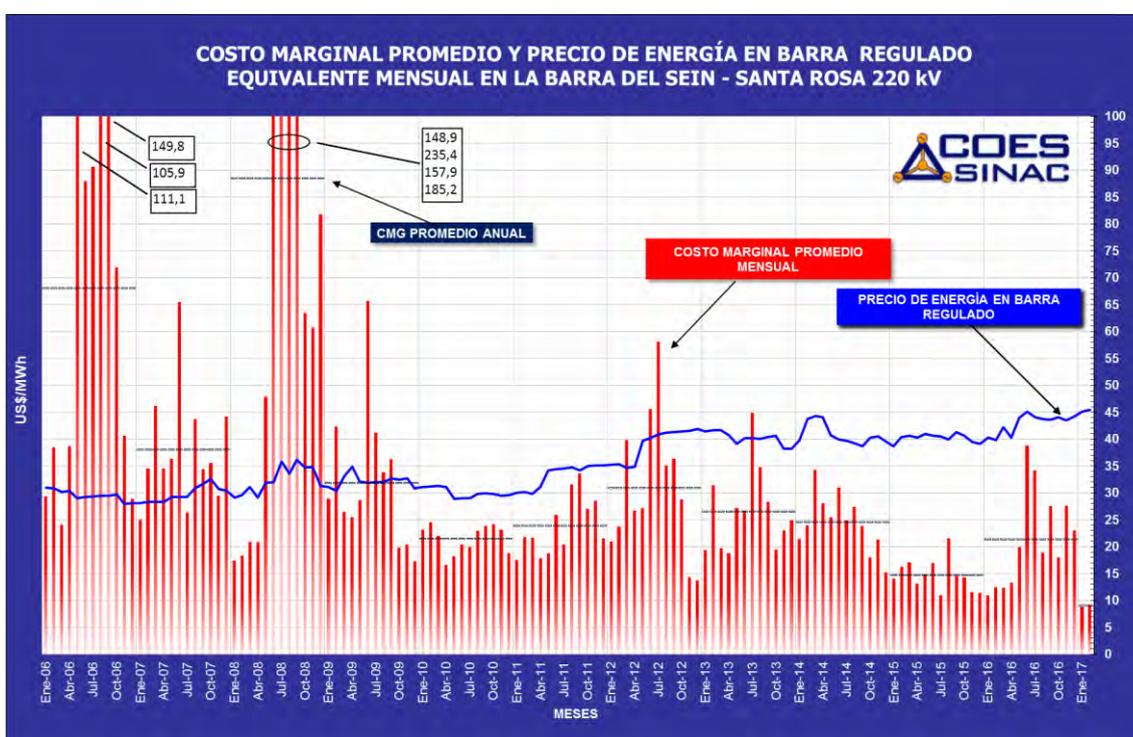
⁷²² Diario de los Debates. Primera legislatura ordinaria de 2013. Jueves 28 de noviembre de 2013, p. 192. Consulta 17 de mayo de 2016.

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257C320032AF68/\\$FILE/PLO-2013-18B.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257C320032AF68/$FILE/PLO-2013-18B.pdf)

⁷²³ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA, p. 25.

⁷²⁴ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 57.

Estos costos marginales idealizados no reflejan una imagen del mercado eléctrico real que incida en el verdadero costo del suministro, siendo además el excedente asumido por el mercado regulado como un costo adicional en el peaje de transmisión. Ante ello, naturalmente se cuestiona si todavía existe justificación para mantener costos marginales idealizados, considerando que éstos se implementaron en respuesta a un escenario de costos marginales extremadamente elevados respecto de los precios en barra, lo que, como se observa a continuación, no ocurre en la actualidad:



Fuente y elaboración: COES⁷²⁵

(ii) Precios artificialmente bajos del gas natural del proyecto Camisea

De conformidad con el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-EM, los precios de los hidrocarburos se rigen por la oferta y la demanda. Sin embargo, existe una excepción en el precio del gas natural extraído del Lote 88 (proyecto Camisea).

⁷²⁵ Disponible en: <http://www.coes.org.pe/Portal/PostOperacion/ValorizacionTransferencias/ValorizacionTransferenciaEP>

En este caso, de acuerdo con el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-2000-EM, la determinación de la tarifa en barra de la energía, tratándose de centrales termoeléctricas que utilicen gas natural como combustible tendrá en cuenta “[e]l **precio del gas natural en boca de pozo**, que corresponde al valor efectivamente pagado por el generador al productor; el cual **no podrá ser superior al precio máximo definido en los contratos entre el productos de gas natural y el Estado**”. En efecto, la Cláusula 8.4.4.1.a) del Contrato de Licencia para la Explotación del Lote 88, fija un precio base máximo de US\$ 1.0 MMBTU para los generadores eléctricos, mientras que para los demás usuarios es de US\$ 1.8 MMBTU.

Este precio máximo a favor de los generadores eléctricos, tuvo como finalidad promover el uso de gas natural en este mercado⁷²⁶, de manera que pudiera competir con otros combustibles en el abastecimiento de energía a centrales termoeléctricas⁷²⁷. El resultado es un precio extremadamente bajo de gas natural para la generación eléctrica, en comparación con el resto de países a nivel mundial⁷²⁸. Esta distorsión en el precio del gas natural, pues no refleja su costo real, tuvo repercusiones en el mercado eléctrico, ocasionando que los proyectos hidroeléctricos dejen de ser competitivos en relación con las centrales térmicas a gas natural.

Como efecto de lo anterior, fue clara la preferencia que por muchos años tuvo la inversión privada en las centrales térmicas a gas natural en el Perú. Por esta razón, el

⁷²⁶ OSINERGMIN. La industria del gas natural en el Perú: A diez años del proyecto Camisea. Noviembre, 2014, p. 88. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/industria-gasnatural-Peru.pdf

⁷²⁷ OSINERGMIN. La industria del gas natural en el Perú: A diez años del proyecto Camisea. Noviembre, 2014, p. 55.

⁷²⁸ Banco Mundial. El desarrollo hidroeléctrico en el Perú. Report N° 53719-PE. Mayo, 2010, p. 31. Consulta: 29 de setiembre de 2016.
<http://documents.worldbank.org/curated/en/754481468070132111/pdf/537190ESW0SPAN1electrico0en0el0Peru.pdf>

Estado, en su intento de promover la instalación de centrales hidroeléctricas⁷²⁹, dispuso en el artículo 4.6 de la Ley N° 28832 que, en el proceso de otorgamiento de la Buena Pro en las licitaciones de energía, se le aplicara un factor de descuento del 15% a las ofertas económicas correspondientes a proyectos hidroeléctricos⁷³⁰. De esta manera, los proyectos hidroeléctricos podrían ofrecer precios más competitivos⁷³¹.

En palabras de DEFILIPPI, PAREDES y VERA, “se intentó corregir una distorsión en precios relativos mediante la introducción de otra distorsión en la manera como se comparan las distintas tecnologías”⁷³².

(iii) **Subsidios para la generación: los cargos adicionales en el peaje por conexión del sistema principal de transmisión: Decretos de Urgencia N° 037-2008 y N° 049-2008, Decretos Legislativos N° 1002 y N° 1041, Ley N1 29852 y Ley N° 29970.**

Otra de las medidas económicas implementadas por el Estado son los cargos adicionales incorporados al peaje por conexión unitario al sistema principal de transmisión⁷³³ a ser pagada por todos los usuarios y recaudada por los generadores.

En ese sentido, en virtud de las normas referidas, estos cargos son los siguientes⁷³⁴:

⁷²⁹ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 25.

⁷³⁰ **Ley N° 28832. 4.6** *En el proceso de otorgamiento de Buena Pro a las ofertas económicas correspondientes a proyectos hidroeléctricos, para efectos de la evaluación se les aplicará un factor de descuento, el mismo que será establecido en las Bases y determinado conforme lo establezca el Reglamento. Los postores ganadores con proyectos hidroeléctricos deberán presentar una garantía de ejecución de obras equivalente a un porcentaje de la valoración de la energía a suministrar durante el periodo contractual. Dicho porcentaje es definido por OSINERGMIN en cada Licitación. La mencionada garantía será devuelta a la entrada de operación comercial de la central hidroeléctrica.*

Resolución Ministerial N° 175-2009-MEM-DM. “Artículo 1.- Apruébese como factor de descuento a que hace referencia el artículo 15 del Reglamento de Licitaciones de Suministro de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 052-2007-EM, el valor de cero unidades con ocho décimos y cinco centésimos (0,85)”.

⁷³¹ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 25.

⁷³² DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 25.

⁷³³ Artículo 60° de la Ley de Concesiones Eléctricas: “El Peaje por Conexión es la **diferencia entre el Costo Total de Transmisión y el Ingreso Tarifario**. El Peaje por Conexión Unitario será igual al cociente del Peaje por Conexión y la Máxima Demanda proyectada a ser entregada a los Usuarios. El Reglamento definirá el procedimiento por el cual los Generadores harán efectiva la compensación a los propietarios del Sistema Principal de Transmisión” (énfasis agregado).

- **El cargo para compensar la generación adicional**, que las empresas estatales implementan en virtud de encargos del MINEM, para atender situaciones de restricción temporal de electricidad;
- **Los costos variables adicionales (CVOA-CMg)** en que incurran las unidades de generación respecto del costo marginal que se determine asumiendo que no existe restricción alguna de producción, transporte de gas natural, ni restricciones de transmisión eléctrica y los costos que por la diferencia entre los precios en barra y los costos marginales de corto plazo suponga atender retiros sin contrato de las empresas distribuidoras para sus usuarios regulados;
- **El cargo por prima**, determinado a partir de la diferencia entre la valorización de las inyecciones netas de energía de los generadores que utilizan recursos energéticos renovables a su correspondiente tarifa de adjudicación de licitación y la valorización de la mencionada energía a costos marginales de corto plazo;
- **El cargo unitario por compensación por seguridad de suministro**, que compensa los contratos de Reserva Fría (RF) de la Planta Ilo, la Planta Talara y la planta Puerto Eten;

Artículo 59° de la Ley de Concesiones Eléctricas: “El **Costo Total de Transmisión** comprende la anualidad de la inversión y los costos estándares de operación y mantenimiento del Sistema Económicamente Adaptado” (énfasis agregado).

Artículo 60° de la Ley de Concesiones Eléctricas: “El **Ingreso Tarifario** se determina como la suma de: a) Ingreso Tarifario Nacional, calculado en función a la potencia y energía entregadas y retiradas en barras, valorizadas a sus respectivos Precios en Barra, sin incluir el respectivo peaje; b) Ingreso Tarifario de los Enlaces Internacionales, calculado según el Reglamento de Importación y Exportación de Electricidad” (énfasis agregado).

734

Parte considerativa de la Resolución N° 163-2015-OS-CD, que aprobó los factores de ajuste de los cargos adicionales del peaje del sistema principal de transmisión período agosto 2015-octubre 2015.

Asimismo, el Informe N° 641-2015-GART “Factores de ajuste de los cargos adicionales en los peajes del sistema transmisión” período noviembre 2015-enero 2016, p. 2. Consulta: 28 de setiembre de 2016.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/gart/procesosregulatorios/electricidad/tarifas-en-barra/factores_ajuste_trimestral_cargos_adicionales_spt/nov2015_ene2016/151023-INF-0641-FA-Res-067-139-164.pdf

- **El cargo unitario por FISE**, que compensa los recargos pagados por los generadores eléctricos para financiar el Fondo de Inclusión Social Energética (FISE);
- **El cargo unitario por CASE** (Cargo por Afianzamiento de la Seguridad Energética), que compensa el pago del adelanto de ingresos garantizados del Sistema Integrado de Transporte de Hidrocarburos, que comprende los Ductos de Seguridad y el Gasoducto Sur Peruano; así como la compensación a los generadores eléctricos por el pago de la tarifa regulada del Sistema de Seguridad de Transporte de Gas Natural;
- **El cargo unitario por CMJ**, que compensa la devolución a Enersur y San Gabán de los pagos realizados por sistema de transmisión para dar cumplimiento de los mandatos judiciales emitidos por la Segunda Sala Contencioso Administrativa Transitoria de Lima y Décimo Segundo Juzgado Contencioso Administrativo de Lima;
- **El cargo unitario por costos variables adicionales respecto de los retiros sin contrato** (CVOA-RSC), que comprende los costos por la diferencia entre los precios en barra y los costos marginales de corto plazo como consecuencia de atender retiros sin contrato de las empresas distribuidoras para sus usuarios regulados; y,
- **El cargo unitario por confiabilidad en la cadena de suministro de energía**, que se determina en base a los costos necesarios para compensar las situaciones de emergencia eléctrica o graves deficiencias del servicio eléctrico por falta de capacidad de producción y/o transporte declarados por el MINEM.

Al respecto, los cargos adicionales son percibidos como una distorsión en el peaje del sistema principal de transmisión⁷³⁵, que no deberían ser en principio cargados a éste, pues no reflejan los costos reales de este servicio⁷³⁶. A manera ilustrativa, alrededor del 71% del peaje por conexión unitario en el sistema principal de transmisión⁷³⁷ está constituido por estos cargos adicionales (subsidios y sobrecostos), mientras que el otro 39% representaría el costo real del servicio.

Medidas de planificación de los proyectos de generación

(iv) Licitaciones de suministro de energía eléctrica de nuevos proyectos hidroeléctricos a precios firmes para el mercado regulado: Ley N° 28832

De conformidad con el artículo 4.1 de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica: “El abastecimiento oportuno y eficiente de energía eléctrica para el mercado regulado se asegurará mediante Licitaciones que resulten en contratos de suministro de electricidad de largo plazo con Precios Firmes que serán trasladados a los Usuarios Regulados”. En virtud de ello, PROINVERSION convocó dos licitaciones públicas internacionales en los años 2009 y 2011 para el proyecto “Energía de Centrales Hidroeléctricas”, cuyo objeto era seleccionar a uno o varios adjudicatarios para el suministro de energía eléctrica a precios firmes al SEIN.

⁷³⁵ GALLO GOLD, María José. “Gobierno presentó proyecto para reducir las tarifas eléctricas”. En: Diario El Comercio. 14 de abril de 2016. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
<http://elcomercio.pe/economia/peru/gobierno-presento-proyecto-reducir-tarifas-electricas-noticia-1894116>

⁷³⁶ KLAUER, Álvaro. “¿Por qué suben las tarifas eléctricas?”. En: IUS 360°. 18 de marzo de 2016. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
http://www.ius360.com/otro/mineria-y-energia/por-que-suben-las-tarifas-electricas/#_ftn16

⁷³⁷ Cálculo obtenido de Resolución N° 067-2015-OS/CD que aprobó los peajes por conexión y de transmisión unitarios en el SEIN. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
<http://www2.osinerg.gob.pe/Resoluciones/pdf/2015/OSINERGMIN%20No.067-2015-OS-CD.pdf>

Según su definición en esta norma, los precios firmes “[c]orresponden a los precios de la energía y potencia que resulten de los procesos de Licitación y que no están sujetos a fijación administrativa por el regulador”. Esto último constituyó el principal atractivo del proyecto, planteado así por el Estado ante: **(1)** el alto crecimiento de la demanda de energía eléctrica; **(2)** el incremento de la oferta de generación casi en su totalidad de centrales termoeléctricas, consecuencia del precio excesivamente bajo del gas natural que afectó negativamente la competitividad de los proyectos hidroeléctricos ante los proyectos termoeléctricos que tenían como fuente el gas natural⁷³⁸; y, **(3)** la conveniencia de diversificar la matriz energética⁷³⁹.

Por su parte, el adjudicatario se comprometía a construir una central hidroeléctrica nueva, en virtud de un contrato de compromiso de inversión (2011) o contrato de concesión (2009) que suscribiría con el MINEM, en representación del Estado. Adicionalmente, el adjudicatario (el generador) suscribiría un contrato de suministro, a partir del cual se obligaba a atender el suministro (potencias contratadas) de los distribuidores designados en dicho contrato, por un plazo de quince años.

En el 2009, el contrato de suministro era suscrito directamente con la distribuidora cuyo suministro debía ser atendido por el adjudicatario. En el 2011, este contrato era suscrito con ELECTROPERU, en su condición de comercializador designado por el Estado “por ser la empresa eléctrica estatal de mayor experiencia y solidez económica en el sistema eléctrico peruano”⁷⁴⁰. Esta figura del comercializador, que posteriormente

⁷³⁸ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 57.

⁷³⁹ Plan de promoción de la inversión privada del proyecto: Energía de Centrales Hidroeléctricas. 2011. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
[http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/CENTRALESHIDROELECTRICAS2010_DOCS_PLAN/Segunda%20Modificacion%20del%20PP%20-ECH%20\(loc%2025-02-11\).pdf](http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/CENTRALESHIDROELECTRICAS2010_DOCS_PLAN/Segunda%20Modificacion%20del%20PP%20-ECH%20(loc%2025-02-11).pdf)

⁷⁴⁰ Plan de promoción de la inversión privada del proyecto: Energía de Centrales Hidroeléctricas. 2011, p. 3. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
[http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/CENTRALESHIDROELECTRICAS2010_DOCS_PLAN/Segunda%20Modificacion%20del%20PP%20-ECH%20\(loc%2025-02-11\).pdf](http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/0/JER/CENTRALESHIDROELECTRICAS2010_DOCS_PLAN/Segunda%20Modificacion%20del%20PP%20-ECH%20(loc%2025-02-11).pdf)

transferiría la potencia y energía a los distribuidores, fue incorporada por el Decreto Supremo N° 003-2011-EM.

Sobre el particular, resultaron adjudicatarios los siguientes generadores: En el 2009 – (i) Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A. (CH Cheves). En el 2011 - (ii) Empresa de Generación Huallaga S.A. (CH Chaglla); (iii) Empresa de Generación Hidroeléctrica del Cuzco S.A. (CH Pucará); y, (iv) Cerro del Águila S.A.(CH Del Águila).

(v) Subasta de recursos energéticos renovables para el suministro de energía al SEIN: Decreto Legislativo N° 1002

Una vez más, apuntando hacia el fomento de la diversificación de la matriz energética y la preservación del medio ambiente con la producción de energías limpias e innovación tecnológica, se promulgó en el 2008 el Decreto Legislativo N° 1002 de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables (RER). En virtud del artículo 7.1 de esta norma, OSINERGMIN ha convocado a la fecha cuatro subastas para la asignación de primas a cada proyecto con generación RER.

El atractivo de estas subastas radica en que cada adjudicatario RER recibirá un ingreso anual garantizado a cambio del despacho anual de la energía adjudicada, es decir, la energía que se comprometió a inyectar al SEIN en su oferta. En ese sentido, en caso el adjudicatario no reciba el total del ingreso anual garantizado una vez descontados los ingresos netos recibidos por transferencias determinadas por el COES, la diferencia es retribuida al adjudicatario en cuotas mensuales. Como se señaló previamente, esta diferencia, denominada prima, será asumida posteriormente

por la demanda como cargo adicional en el peaje de conexión del sistema principal de transmisión.

Como resultado de estas cuatro subastas, se han adjudicado alrededor de cincuenta proyectos de generación RER. Entre los proyectos en operación, destaca la CE Parque Eólico Tres Hermanas con una potencia instalada de 97.15 MW y de los proyectos en construcción, la CE Parque Nazca con una potencia instalada de 126 MW y la CS Rubí con una potencia instalada de 144.5 MW.

Por otro lado, además de fomentar la instalación de centrales con fuentes alternativas, estas subastas han permitido obtener precios sustancialmente bajos para la energía ofertada anual (US\$/MWh), en comparación a otros países de Latinoamérica. Así, en la cuarta subasta RER que se llevó a cabo entre los años 2015 y 2016, la mejor oferta fue la de Enel Green Power Perú S.A., del mismo grupo económico que Endesa, con un precio de 37.83 US\$/MWh.

Medidas operativas

(vi) Generación de emergencia: Decreto de Urgencia N° 037-2008

El Decreto de Urgencia N° 037-2008 dispuso que, ante situaciones de restricción temporal de generación declaradas por el MINEM, luego de que esta entidad calculase la magnitud de la capacidad adicional de generación necesaria para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro de energía eléctrica en el SEIN, se requeriría a las empresas estatales que efectúen las contrataciones y adquisiciones de obras, bienes y servicios necesarias para superar esta situación de emergencia. Los costos incurridos por la empresa estatal serían cubiertos por los usuarios mediante un cargo adicional en el peaje por conexión al sistema principal de transmisión.

Esta norma se sustentó en el incremento de la demanda de energía eléctrica, con una tasa promedio anual de crecimiento de 7.6% en el período 2008-2015, frente a una oferta que no resultaría suficiente para satisfacerla, principalmente por el mayor uso de gas natural de Camisea que generó que el tramo del gasoducto de la costa haya llegado al límite de su capacidad de transporte, limitando el suministro de gas natural para la generación eléctrica, haciendo necesaria una ampliación de dicho ducto; y, el inicio de un período de estiaje que reduciría la disponibilidad de agua para la generación hidroeléctrica⁷⁴¹.

La vigencia de este decreto de urgencia estaba inicialmente prevista hasta el 21 de agosto de 2011. No obstante, mediante Decreto de Urgencia N° 049-2011, se prorrogó su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013. El sustento de esta prórroga fue garantizar el suministro a la demanda de energía eléctrica hasta que las plantas de generación termoeléctricas duales en las zonas de Talara, Eten e Ilo (proyectos de reserva fría de generación adjudicados por PROINVERSION) inicien sus operaciones⁷⁴².

Si bien estas medidas dejaron de tener vigencia el 31 de diciembre de 2013, todavía se siguen compensando las situaciones de restricción temporal que fueron declaradas por el MINEM hasta dicha fecha. De este modo, por ejemplo, en el período noviembre 2015-enero 2016 se compensó a Electro Oriente, Hidrandina, Electro Centro, Electro Ucayali, Egemsa y Electro Sur Este⁷⁴³.

Al respecto, comentando las disposiciones implementadas por esta norma, el autor Paul SUMAR ha concluido que si bien “las situaciones de restricción declaradas como

⁷⁴¹ Parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 037-2008.

⁷⁴² Parte considerativa del Decreto de Urgencia N° 049-2011.

⁷⁴³ Informe N° 641-2015-GART “Factores de ajuste de los cargos adicionales en los peajes del sistema transmisión” período noviembre 2015-enero 2016, p. 8.

tales por el MINEM han sido pocas, éstas reflejan la necesidad de parte del Estado de fomentar la inversión en grandes proyectos de transmisión eléctrica y de generación, con la finalidad de que el crecimiento de nuestra economía sea secundado por la expansión de los servicios eléctricos”⁷⁴⁴.

Adicionalmente, este autor advierte un asunto que consideramos importante: aunque “[e]l costo de atender la crisis por la vía de generación de emergencia, ha sido en el Perú, muchísimo menor que el incurrido en otros países de la región (...), esta desigualdad podría tender a desaparecer en los próximos años, cuando se empiece a cargar a los consumidores, el costo de la reserva fría”⁷⁴⁵. De este modo concluye que “en el fondo, la reserva fría peruana no es más que generación de emergencia prevista con suficiente antelación”⁷⁴⁶.

(vii) Reserva Fría

La reserva fría constituye “la denominación otorgada a la condición de centrales térmicas cuando el objeto de éstas es asegurar la disponibilidad de potencia y energía en el Sistema Interconectado Eléctrico Nacional, para enfrentar situaciones de emergencia en el abastecimiento, o por eficiencia operativa”⁷⁴⁷. Por Decreto Supremo N° 001-2010-EM, se determinó que la reserva fría sería remunerada mediante una compensación adicional. Como se ha indicado previamente, esta compensación se ha incorporado como un cargo adicional al peaje del sistema principal de transmisión.

⁷⁴⁴ SUMAR, Paul. “La generación de emergencia”. En: Revista Peruana de Energía N° 1. Fondo Editorial Santiváñez Abogados. Noviembre, 2012, p. 52. Consulta: 29 de setiembre de 2016. <http://www.santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2012/07/02energia.pdf>

⁷⁴⁵ SUMAR, Paul. “La generación de emergencia”. En: Revista Peruana de Energía N° 1. Fondo Editorial Santiváñez Abogados. Noviembre, 2012, p. 52.

⁷⁴⁶ SUMAR, Paul. “La generación de emergencia”. En: Revista Peruana de Energía N° 1. Fondo Editorial Santiváñez Abogados. Noviembre, 2012, p. 52.

⁷⁴⁷ Bases Consolidadas. Concurso Público Internacional en la modalidad de Concurso de Proyectos Integrales para otorgar en concesión el proyecto: “Reserva fría de generación” (Planta Trujillo-Planta Ilo-Planta Talara). Anexo 2, numeral 49, p. 33. Consulta: 29 de setiembre de 2016. http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/PC_ENERGIA_RESERVAFRIA/BASES_CONSOLIDADAS__RF_HASTA_C_16__VA_29_09_10_.pdf

En el período 2010-2011, PROINVERSION convocó en dos oportunidades a concurso público internacional para otorgar en concesión el proyecto de reserva fría de generación de las Plantas Trujillo (200 MW), Ilo (400 MW), Talara (200 MW) y Planta Eten (200 MW); y, las Plantas Pucallpa (35-40 MW) y Puerto Maldonado (15-18 MW). El concurso respecto de la Planta Trujillo quedó desierto (ninguno de los postores presentó su oferta), la Planta Ilo se adjudicó a Enersur S.A., la Planta Talara fue adjudicada a Empresa Eléctrica de Piura S.A., la Planta Eten al Consorcio Cobra-Enersa y la Planta Pucallpa-Planta Puerto Maldonado al Consorcio Energías del Perú.

Respecto a la reserva fría, se ha señalado que la compensación adicional remunerada a sus titulares “crea un trato discriminatorio frente al resto de agentes y crea un marco regulatorio ad hoc para estas plantas, lo cual complica incluso la operación del COES”⁷⁴⁸. En ese sentido, se percibe que con esta medida el Estado nuevamente “se enfocó en el síntoma del problema (la escasa capacidad de reserva) y no en su causa (precios por potencia artificialmente bajos)”⁷⁴⁹.

Conclusiones

En todo lo expuesto, se observa que el Estado ha implementado un número significativo de medidas económicas, de planificación y operativas con la finalidad de estimular la inversión privada en la generación eléctrica, en particular en grandes proyectos de generación hidroeléctrica, que permiten la diversificación de la matriz energética, con el objetivo de mitigar la contaminación ambiental y el riesgo que acarrea para la confiabilidad del sistema la dependencia de una sola fuente energética.

⁷⁴⁸ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 57.

⁷⁴⁹ DEFILIPPI, Enzo; Carlos E. PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Universidad San Martín de Porres: Marzo 2013, p. 24.

No obstante, la experiencia de los últimos años demuestra que tuvo que ser el propio Estado el que diseñó y convocó tales proyectos hidroeléctricos, convocando al sector privado para que desarrolle la generación, mediante estímulos directos (tales como contratos de suministro o ingresos garantizados subsidiados por la demanda), saliendo del marco general de la LCE, que en su redacción original no desarrolló una política de incentivos para el desarrollo de grandes proyectos de generación hidroeléctrica

Los intentos del Estado para estimular la inversión privada en la generación eléctrica y diversificación de la matriz energética continúan. En el año 2015, PROINVERSION convocó la licitación de compra de energía a ser generada por nuevas centrales hidroeléctricas, en el proyecto denominado “Suministro de energía de nuevas centrales hidroeléctricas”. Esta licitación; sin embargo, fue cancelada en enero de 2017, situación que no ha variado a la fecha de elaboración del presente trabajo. Ello, sin considerar la Cuarta Subasta de Recursos Energéticos Renovables, que se desarrolló entre los años 2015-2016 y mediante el cual se adjudicó a nuevos proyectos un ingreso mínimo garantizado actualmente subsidiado por la demanda en el peaje de transmisión.

Pese a lo anterior, como se observa en cifras del MINEM, actualmente continúa siendo escasa la apuesta del sector privado por este tipo de proyectos. En el año 2015, la potencia instalada (MW) de las centrales térmicas (63%) casi ha duplicado la potencia instalada de las centrales hidroeléctricas (34%). En esta línea, en diez años contados desde el año 2005, la potencia instalada térmica ha incrementado en 157%, frente a un incremento de 29% de la potencia instalada hidráulica⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ Anuario Estadístico de Electricidad 2015. Capítulo 10: Evolución de indicadores del Mercado Eléctrico. Consulta: 29 de setiembre de 2016.
<http://minem.gob.pe/minem/archivos/Capitulo%2010%20Evoluciones%20en%20el%20SE%202015%20FINAL.pdf>

En cuanto a la producción de energía eléctrica (GW.h), en diez años la producción de energía hidroeléctrica ha incrementado solo en 32%, mientras que la energía térmica ha incrementado en 215%⁷⁵¹. Según informe del COES, este porcentaje de producción de energía térmica continuará incrementándose, “debido al ingreso de nuevas unidades de generación que son abastecidas con el gas natural de Camisea”⁷⁵². Así, a manera de ejemplo, en el 2015, ambas fuentes energéticas alcanzaron un porcentaje aproximado de 49% (23,722.7 GW.h de energía hidráulica y 23,721.8 GW.h de energía térmica). Sin embargo, en el 2016, la energía térmica (24 020,8 GW.h) superó la hidráulica (23 009,6 GW.h)⁷⁵³.

A esta escasa apuesta del sector privado por el desarrollo de grandes proyectos de generación hidroeléctrica, deben sumarse las distorsiones previamente descritas que actualmente interfieren con un desarrollo óptimo de la industria eléctrica en el Perú y que desafortunadamente han sido generadas, en mayor medida, como consecuencia de medidas anteriores que fueron implementadas por el Estado para mejorar el sistema, pero que a largo plazo tuvieron en el efecto contrario.

4.6 ¿Cumplen las empresas estatales de generación eléctrica con tener un rol subsidiario?

Consideramos que, si las distorsiones antes descritas se están manifestando actualmente en la industria eléctrica peruana, ello se debe en mayor parte a la falta de

⁷⁵¹ Anuario Estadístico de Electricidad 2015. Capítulo 10: Evolución de indicadores del Mercado Eléctrico.

⁷⁵² COES. Memoria Anual 2015, p. 26.

⁷⁵³ COES. Informe de la Operación Anual – 2016. Versión: 01, p. 3.

“La producción de electricidad de las unidades de generación termoeléctrica a gas natural en el 2016 fue 8,6% mayor a la registrada en el 2015, mientras que las centrales hidroeléctricas incrementaron un 2,5%”, p. 1.

planificación que ha tenido el sector eléctrico. Nótese que recién en el 2014 se publicó el Plan Energético Nacional 2014-2025⁷⁵⁴.

En ese sentido, coincidimos con el autor Ismael ARAGÓN, quien ha señalado que “la planificación del desarrollo energético a largo plazo es una **responsabilidad del Estado**”⁷⁵⁵ (énfasis agregado). Esto es así, pues involucra “**priorizar y destinar recursos con un sentido no solamente económico, sino de servicio público:** proporcionar soporte al desarrollo económico e industrial, dar seguridad al abastecimiento interno, optimizar el uso de recursos naturales renovables y no renovables, y cuantificar y valorizar las externalidades socio ambientales no considerados por los agentes, entre otros”⁷⁵⁶ (énfasis agregado).

ARAGON concluyó que las señales económicas dadas por la Ley de Concesiones Eléctricas, la Ley N° 28832 y demás normas complementarias “**no garantizan a largo plazo** que se cubran las necesidades de un suministro oportuno, a bajo costo y la utilización de los recursos energéticos más convenientes que dispone el país”⁷⁵⁷ (énfasis agregado). Como hemos visto, estas normas apostaron por la promoción de la inversión privada y, en su opinión, “[e]n la inversión privada prima el criterio de rentabilidad comercial y **no se tiene una perspectiva integral a largo plazo**”⁷⁵⁸ (énfasis agregado).

⁷⁵⁴ Ministerio de Energía y Minas. Plan Energético Nacional 2014-2025. Consulta: 30 de setiembre de 2016.
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/institucional/publicaciones/InformePlanEnerg%C3%A1Da2025-%20281114.pdf>

⁷⁵⁵ ARAGON, Ismael. “El mercado de electricidad en el Perú”. En: Revista de derecho administrativo. Número 12, 2012, p. 172.

⁷⁵⁶ ARAGON, Ismael. “El mercado de electricidad en el Perú”. En: Revista de derecho administrativo. Número 12, p. 172.

⁷⁵⁷ ARAGON, Ismael. “El mercado de electricidad en el Perú”. En: Revista de derecho administrativo. Número 12, p. 172.

⁷⁵⁸ ARAGON, Ismael. “El mercado de electricidad en el Perú”. En: Revista de derecho administrativo. Número 12, p. 172.

Una planificación, que facilite una perspectiva integral a largo plazo, es necesaria en la industria eléctrica peruana, que en los últimos años ha registrado un alto crecimiento en la demanda de energía eléctrica. Situación que, de acuerdo con el resultado de las proyecciones del MINEM, continuará en aumento⁷⁵⁹. En este aspecto, se han emitido informes que, a diciembre de 2015, advierten un posible descalce entre la oferta y la demanda en el SEIN en el mediano plazo⁷⁶⁰ y situaciones de interrupción del suministro eléctrico para junio de 2018, con márgenes de reserva inferiores al 10%⁷⁶¹.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la industria eléctrica peruana está caracterizada por una dependencia de la energía eléctrica producida por fuentes no renovables, principalmente térmica a gas natural y que está concentrada geográficamente en la zona centro del país. En efecto, alrededor del 42.1% de la oferta es energía térmica producida con gas natural⁷⁶².

En ese sentido, ya en el 2006, OSINERGMIN concluyó que un parque generador óptimo está “compuesto por una combinación de tecnologías, tanto de centrales hidráulicas como los diferentes tipos de centrales térmicas. Ello debido a que la electricidad no se puede almacenar a costos razonables y a que la demanda tiene un patrón cambiante a lo largo del tiempo”⁷⁶³.

⁷⁵⁹ En efecto, a fines del año 2014, el Ministerio de Energía y Minas estimó que la demanda de electricidad continuaría con la tendencia creciente de los últimos veinte años. Este aumento en la demanda se explicaría en “el mayor dinamismo de los clientes libres (en particular, del sector minero) y el progresivo crecimiento del consumo de electricidad de los hogares (...) y la incorporación de nuevos usuarios al sistema”. Pacific Credit Rating. Informe Sectorial. Perú: Sector Eléctrico. Diciembre, 2015, p. 3.

⁷⁶⁰ Pacific Credit Rating. Informe Sectorial. Perú: Sector Eléctrico. Diciembre, 2015, p. 1. Consulta: 29 de setiembre de 2016.

⁷⁶¹ RUIZ, Manuel. Sector eléctrico : balance oferta-demanda (2015-2018). Moneda: Lima. Número 163. 2015, p. 46.

⁷⁶² RUIZ, Manuel. Sector eléctrico : balance oferta-demanda (2015-2018). Moneda: Lima. Número 163. 2015, p. 44.

⁷⁶³ DAMMERT, Alfredo; Raúl GARCÍA y Raúl PÉREZ-REYES. Análisis de las barreras y facilidades para la inversión en Centrales Hidroeléctricas. Documento de Trabajo N° 24. OSINERGMIN: Diciembre 2006, p. 3. Consulta: 19 de marzo de 2017
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_24.pdf

En efecto, como señala BOIX PALOP, “el “todo gas” (...) puede plantear problemas (...) o desajustes en el suministro de cara al futuro, por lo que no es en ningún caso aconsejable”⁷⁶⁴. De este modo, este autor considera como parte de las consideraciones que llevaron a la reserva pública del sector eléctrico evitar la dependencia energética y, por ende, procurar “la independencia energética o el control de la elección tecnológica”⁷⁶⁵.

Sin necesidad de observar el caso de otros países a nivel mundial, nuestra experiencia histórica en el sector eléctrico nos ha demostrado que la dependencia hacia una sola fuente energética constituye un alto riesgo para la confiabilidad del sistema. Recordemos lo ocurrido en el 2008. En este año, el tramo del gasoducto de la costa llegó al límite de su capacidad de transporte, limitando el suministro de gas natural para la generación eléctrica, lo que coincidió con un período de estiaje que redujo la disponibilidad de agua para la generación hidroeléctrica y una demanda de energía eléctrica creciente que, por todo lo anterior, no podría ser satisfecha al 100% por la oferta. De este modo, la experiencia nacional reafirma la necesidad de contar con una matriz energética diversificada. De ahí que en los últimos años el Estado haya buscado estimular la inversión privada en proyectos hidroeléctricos de gran envergadura.

En esta línea, el Plan Energético 2014-2025 “destaca los proyectos de inversión que se relacionan con los objetivos sectoriales básicos; es decir contar con un abastecimiento energético competitivo, lograr la seguridad y el acceso universal al suministro energético, y desarrollar los proyectos energéticos con mínimo impacto ambiental y bajas emisiones de carbono en un marco de desarrollo sostenible”⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ BOIX PALOP, Andrés. Cohesión social y liberalización de servicios públicos. Universidad de Valencia. Trabajo de Investigación. 2001, nota a pie de página 174.

⁷⁶⁵ BOIX PALOP, Andrés; p. 123.

⁷⁶⁶ Ministerio de Energía y Minas. Plan Energético Nacional 2014-2025, p. 8.

No obstante, la diversificación de la matriz energética no es un objetivo que solo interese al Estado peruano. Los autores Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE han identificado el interés que se ha adquirido a nivel mundial para que el suministro eléctrico se aleje de la producción de energía eléctrica a partir del carbón y el gas, hacia la energía eólica o nuclear, a la luz del cambio climático. Según estos autores, estos objetivos de sostenibilidad en muchos países requieren una importante reconfiguración de la generación eléctrica⁷⁶⁷. En ese sentido, han advertido que: “Se han expresado **dudas acerca de si, dada la urgencia del problema y los largos tiempos de gestación para las grandes inversiones requeridas, el esquema de un mercado liberalizado permitirá que estas tareas sean cumplidas en el tiempo disponible**⁷⁶⁸ (énfasis agregados).

Estas dudas en torno a un mercado eléctrico liberalizado, están referidas al desempeño que puedan tener las empresas privadas en una política económica a largo plazo y se enmarcan dentro la idea de la empresa estatal como un “instrumento de planificación”⁷⁶⁹. En esta línea, autores como ARIÑO y OCHOA, han identificado entre las razones que justificarían la actividad empresarial del Estado, aquellas relacionadas con la política económica y el carácter estratégico del sector. Estas razones obedecen a “la envergadura y el elevado riesgo de la inversión o el largo plazo del proyecto que no permite que puedan ser asumidas por el sector privado”⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE. Understanding Regulation. Theory, strategy and practice. Oxford: Second Edition. 2012, p. 465.

⁷⁶⁸ Traducción libre de: **Doubts have been expressed as to whether, given the urgency of the problem and the long gestation times for the big investments required, the framework of a liberalized market will permit these tasks to be accomplished in the time available** BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE. Understanding Regulation. Theory, strategy and practice. Oxford: Second Edition. 2012, p. 465.

⁷⁶⁹ OCHOA, César. “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado” En Lecturas sobre temas constitucionales 5, Lima: Comisión Andina de Juristas (1990), p. 84.

⁷⁷⁰ OCHOA, César. “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado” En Lecturas sobre temas constitucionales 5, Lima: Comisión Andina de Juristas (1990), p. 83.
ARIÑO, Gaspar. Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender. España: Thomson Aranzadi, 2007, p. 58.

En esta línea, como advirtió DE LA CRUZ FERRER en el caso europeo, “**las empresas públicas de energía siguen siendo consideradas como estratégicas** por los Gobiernos de algunos Estados miembros de la Unión Europea [y, por tanto,] No pueden ser adquiridas”⁷⁷¹ (énfasis agregado). Al respecto, BOIX PALOP identifica entre las consideraciones para justificar la existencia de empresas estatales en un determinado mercado de servicios el contenido técnico de las prestaciones, la estructura económica del sector, el carácter básico y la importancia social de la actividad, la relevancia política e incluso las implicancias militares de la actividad en cuestión⁷⁷².

A lo anterior conviene añadir lo señalado por BOIX PALOP en cuanto a que “**es posible que el sector, aun liberalizado, conserve una intervención pública directa**. El Estado puede, en efecto, prestar directamente estos servicios por medio de una empresa creada al efecto o, incluso, empleando para ello una empresa que opere en el sector (o en otros) en el resto de servicios rentabilizables”⁷⁷³ (énfasis agregado). Como se advierte, este autor considera que es una opción del Estado intervenir directa o indirectamente en un mercado liberalizado en aras de garantizar eficazmente los intereses generales⁷⁷⁴.

En ese sentido, coincidimos con CAIRAMPOMA y SOLAR, en la medida que en un escenario de libre competencia, la existencia de una empresa estatal debe ser analizada con mayor profundidad por el Estado y asimismo deben implementarse las medidas adecuadas para garantizar el cumplimiento de la libre competencia y no se

⁷⁷¹ CRUZ FERRER, Juan de la. “El mercado interior europeo de la electricidad”. En: Noticias de la Unión Europea. No. 284. 2008, p. 18

⁷⁷² BOIX PALOP, Andrés. Cohesión social y liberalización de servicios públicos. Universidad de Valencia. Trabajo de Investigación. 2001, p. 16.

⁷⁷³ BOIX PALOP, Andrés; p. 90.

⁷⁷⁴ BOIX PALOP, Andrés; p. 90.

perjudique a los operadores existentes en el mercado⁷⁷⁵. Consideramos que en este análisis deberá considerarse, como se desprende de las citas de estos autores a la Sentencia del Tribunal de Justicia Gemeente d'Almelo del 27 de abril de 1994, que **“es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo”**⁷⁷⁶ (énfasis agregado).

En esta línea, ZEGARRA advierte la existencia de un mayor cuestionamiento a la permanencia de empresas estatales en un contexto de mercados regulados como la electricidad, “es decir, aquellos en los que el Estado es el que propicia a través de la regulación la existencia de competencia”⁷⁷⁷, generándose así una oposición entre Estado prestador y Estado regulador, “sobre todo si estamos frente a una actividad económica de interés general en la que pueden generarse distorsiones a la competencia”⁷⁷⁸.

Evaluando el caso concreto de las centrales de generación hidroeléctrica, conforme a lo señalado por OSINERGMIN, si bien éstas representan menores costos operativos, “tienen un tiempo de ejecución mayor y sujeto a mayores fuentes de incertidumbre”⁷⁷⁹, lo que las hace poco atractivas para la inversión privada y explicaría por qué los grandes proyectos hidroeléctricos en el Perú han sido diseñado y adjudicados por iniciativa estatal.

⁷⁷⁵ CAIRAMPOMA, Alberto; Guelly SOLAR. El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones. Editorial Adruis: Arequipa. 2010, p. 325.

⁷⁷⁶ CAIRAMPOMA, Alberto; Guelly SOLAR; pp. 165-166.

ASUNTO C-393/92, numeral 49. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61992CJ0393&from=FR>

⁷⁷⁷ ZEGARRA, Diego (2005); p. 113.

⁷⁷⁸ ZEGARRA, Diego (2005); p. 113.

⁷⁷⁹ DAMMERT, Alfredo; Raúl GARCÍA y Raúl PÉREZ-REYES. Análisis de las barreras y facilidades para la inversión en Centrales Hidroeléctricas, p. 4.

En la experiencia comparada, resaltan algunos ejemplos en los que el Estado le asigna a la empresa estatal un rol en la planificación del sector energético⁷⁸⁰. En el 2004, en Argentina, la Ley N° 25.943 creó la empresa estatal Energía Argentina S.A. (ENARSA) en el contexto de implementación del Plan Energético Nacional 2004-2019, asignándosele un rol en la diversificación de la matriz energética, “mediante la gestión de proyectos que tienen por objeto la introducción de formas renovables de energía”⁷⁸¹. De este modo, a través de su Área de Energías Renovables, ENARSA “investiga, promueve y desarrolla constantemente la viabilidad de proyectos de generación de electricidad y producción de combustibles con fuentes renovables de energía”⁷⁸².

En Uruguay, el ejemplo es todavía más claro. La Política Energética 2005-2030 establece expresamente en su objetivo general que: “El Poder Ejecutivo (PE) diseña y conduce la política energética, articulando a los diversos actores. **Las empresas estatales (que deben ser modernas, eficientes y dinámicas) son el principal**

⁷⁸⁰ Ello sin mencionar los países como Colombia y Costa Rica en los que las empresas estatales (Interconexión Eléctrica S.A. y Empresas Públicas de Medellín en Colombia y el Instituto Costarricense de Electricidad en Costa Rica) tienen un rol principal en el mercado eléctrico.

⁷⁸¹ DE DICCO, Ricardo. “El rol de ENARSA en la diversificación de la matriz energética nacional”. Centro Latinoamericano de Investigaciones Científicas y Técnicas. 2012, pp. 2-3. Consulta: 30 de setiembre de 2016.

http://www.cienciayenergia.com/Contenido/pdf/011012_rad_arg.pdf

Como parte de esta función, se instruyó a ENARSA para que, a partir del año 2009, convocara a procesos licitatorios de ofertas de disponibilidad de generación de energía proveniente de fuentes renovables. Esto se verifica en la Resolución 712/2009: “Que en tal sentido, a través de la Providencia MPFIPyS N° 794 de fecha 13 abril de 2009 se instruyó a ENERGIA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA (ENARSA) a instrumentar un proceso licitatorio convocando a ofertas de disponibilidad de generación de energía proveniente de fuentes de origen renovables por un total de MIL QUINCE MEGAVATIOS (1015 MW) de potencia instalada”. Consulta: 30 de setiembre de 2016.

<http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas2/712-09.htm>

⁷⁸² DE DICCO, Ricardo. “El rol de ENARSA en la diversificación de la matriz energética nacional”. Centro Latinoamericano de Investigaciones Científicas y Técnicas. 2012, pp. 2-3. Consulta: 30 de setiembre de 2016.

http://www.cienciayenergia.com/Contenido/pdf/011012_rad_arg.pdf

instrumento para la aplicación de dichas políticas⁷⁸³ (énfasis agregado). Sin que ello signifique dejar de promover la participación regulada de agentes privados⁷⁸⁴.

Estos ejemplos en la práctica latinoamericana demuestran lo señalado por ARIÑO respecto a que “el fenómeno de la empresa pública (...) no responde (ni debe responder) a preconcepciones ideológicas, a dogmatismos o criterios cerrados, a planes o formulaciones doctrinales, sino que debe responder a un análisis, caso por caso, de cuáles son las necesidades de un país y cuál puede ser la mejor forma de satisfacerlas aquí y ahora”⁷⁸⁵. Este autor continúa señalando que: “**La empresa pública debe ser aceptada** ciertamente **como** un hecho y **un instrumento útil y legítimo de los gobiernos modernos**, siempre que sea oportuna y prudentemente utilizado”⁷⁸⁶ (énfasis agregado).

Considerando ello, la conclusión de ARIÑO, con la cual coincidimos, fue la siguiente: “La decisión de publicación o no de un sector, de creación o no de empresa pública, debe ser adoptada lejos de todo apriorismo, de todo dogmatismo: **cualquier solución prejuzgada será siempre una simpleza, tanto si apunta en un sentido como en otro**” (énfasis agregado). En esta línea, rechazar de plano la opción de la empresa estatal como una herramienta que puede funcionar para la consecución de los objetivos que hoy se plantean en la industria eléctrica es, a nuestro parecer, errado.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la liberalización no necesariamente ha funcionado de forma adecuada en todas las industrias eléctricas en las que se ha

⁷⁸³ Dirección Nacional de Energía y Tecnología Nuclear. Política Energética 2005-2030, p. 3. Consulta: 30 de setiembre de 2016.

<http://www.miem.gub.uy/documents/49872/0/Pol%C3%ADtica%20Energ%C3%A9tica%202030?version=1.0&t=1352835007562>

⁷⁸⁴ Dirección Nacional de Energía y Tecnología Nuclear. Uruguay: un país con energía sostenible para todos, p.2. Consulta: 30 de setiembre de 2016.

<http://www.eficienciaenergetica.gub.uy/archivo/folleteria/FolletoDNE.pdf>

⁷⁸⁵ ARIÑO, Gaspar. Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender. España: Thomson Aranzadi, 2007, p. 54-55.

⁷⁸⁶ ARIÑO, Gaspar. Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender. España: Thomson Aranzadi, 2007, p. 55.

implementado. Así, por ejemplo, BOIX PALOP explica que en el caso del Estado de California en Estados Unidos:

*(...) **parte la política liberalizadora ha primado decisiones económicamente razonables pero que desatendían intereses sociales básicos como asegurar la continuidad del suministro y la suficiencia de la potencia instalada. Las normas en materia de defensa de la competencia, por muy eficaces que sean garantizándola, no pueden atender a estas otras consideraciones.** De hecho el consumo eléctrico de California es un 25% superior a la producción de energía eléctrica del Estado, y la diferencia debe ser asumida por productores de otros Estados. Por otra parte la liberalización ha supuesto importantes problemas económicos a las empresas suministradoras, fruto del desfase entre el precio al que las productoras les venden la energía (liberalizado totalmente y cada vez más alto por el incremento de la demanda y las exigencias medioambientales) y el precio al que están obligadas a comercializar la energía⁷⁸⁷ (énfasis agregado).*

Como consecuencia de lo anterior, este mismo autor concluyó que la experiencia californiana “es prueba evidente de que **las políticas de liberalización y** la pretensión de resolver todos los problemas a través de la defensa de **la libre competencia tienen ciertos límites**⁷⁸⁸ (énfasis agregado). En ese sentido, señala este autor que:

*El colapso californiano, como ha señalado Jorge FABRA UTRAY, está directamente vinculado a la “neoliberalización de la industria eléctrica, que ha ignorado (...) que ni la sequía ni la demanda ni la mala suerte nunca fueron admisibles como justificaciones para el desabastecimiento”. Estas consideraciones, ajenas a la lógica de mercado, son las que justifican que el sector eléctrico deba configurarse como un sistema en el que “el sobredimensionamiento es un coste irrelevante frente a su alternativa, la penuria en el abastecimiento, que en la electricidad es consustancial con el corto plazo de los mercados convencionales en los que siempre subyace el mercado al contado”. **La estructura de ciertos mercados de servicios y consideraciones sociales ajenas a la lógica económica pueden aconsejar la intervención pública para su salvaguarda, pues en ocasiones ésta no puede garantizarse por medio del simple recurso a estas políticas. Es el caso de servicios como el de la electricidad,** como hemos visto pero también, tal y como analizaremos a continuación, de todas aquellas actividades vinculadas a la consecución de mayores cotas de cohesión social⁷⁸⁹ (énfasis agregado).*

⁷⁸⁷ BOIX PALOP, Andrés. Cohesión social y liberalización de servicios públicos. Universidad de Valencia. Trabajo de Investigación. 2001, p. 49.

⁷⁸⁸ BOIX PALOP, Andrés; pp. 51-52.

⁷⁸⁹ BOIX PALOP, Andrés; pp. 51-52.

Desde una perspectiva más optimista, DE LA CRUZ FERRER precisa que “los países que han acumulado más experiencia y beneficios con **la liberalización del sector eléctrico** han demostrado que **la competencia es laboriosa pero posible**, sobre todo, por una cuestión de asignación de riesgos y costes”⁷⁹⁰ (énfasis agregado). En ese sentido, identifica que los principales riesgos que se manifiestan en el sector eléctrico son los siguientes: “los niveles de demanda y de precios en el mercado; los cambios tecnológicos que pueden hacer obsoletas o menos competitivas a las centrales de generación; las decisiones sobre cuándo y cómo invertir o mantener las centrales; los riesgos de crédito (evolución de tipos, cotización de moneda), etc.”⁷⁹¹.

Como se observa, la utilización de la actividad empresarial del Estado como mecanismo de intervención supone un fuerte debate. En ese sentido, OSINERGMIN ha señalado que: “Asegurar el acceso de la población a la energía es un rol que el Estado afronta de diversas formas y con resultados igualmente diferentes: **cuando lo hace con una empresa estatal tiene problemas de financiamiento y de eficiencia de costos; y cuando lo hace con la empresa privada, ésta se orienta a las partes rentables del negocio**”⁷⁹² (énfasis agregado). En ese sentido, también concluyó que “en ambos casos los resultados y las políticas que les dan origen son siempre parte del debate técnico y político”⁷⁹³.

En el caso concreto, conviene advertir que la empresa estatal es un hecho en la generación eléctrica peruana y, en ese sentido, es una herramienta que se encuentra a disposición del Estado, por lo que necesariamente debe evaluarse si continúa siendo necesaria para la industria eléctrica o si por el contrario debe ser transferida al sector

⁷⁹⁰ CRUZ FERRER, Juan de la. Bases para el diseño de los mercados eléctricos. Centro Europeo de Regulación Económica: Madrid. Working Paper No. 36. 2006, p. 3.

⁷⁹¹ CRUZ FERRER, Juan de la; p. 3.

⁷⁹² OSINERGMIN. Apuntes para el plan energético nacional, 2014, p. VII. Consulta: 30 de setiembre de 2016.

http://www2.osinerg.gob.pe/Infotec/GasNatural/pdf/apuntes_gas_electricidad_2014.pdf

⁷⁹³ OSINERGMIN. Apuntes para el plan energético nacional, 2014, p. VII.

privado. Ello implica identificar si actualmente las empresas estatales de generación eléctrica pueden o no desarrollar un rol subsidiario, que complemente y no interfiera con la inversión privada, encontrándose así un equilibrio con las reglas de la libre competencia.

En este aspecto, QUIÑONES ha resaltado la labor de ELECTROPERU en la generación eléctrica, en la medida que esta empresa estatal ha funcionado como un **“instrumento para ejecutar proyectos de inversión que, desde una perspectiva estatal de largo plazo, pueden resultar convenientes para el país, pero cuyo costo de oportunidad no los hace atractivos para el sector privado”**⁷⁹⁴ (énfasis agregado). En efecto, debe recordarse la participación que tiene ELECTROPERU operando los proyectos hidroeléctricos más importante y de mayor envergadura del país, entre los que resalta el Complejo Hidroenergético del Mantaro, con una potencia instalada de 798 MW, el más grande en todo el Perú. Así como también en proyectos de interés público que actualmente forman parte de su plan estratégico y que tienen que ver por ejemplo con el afianzamiento hídrico, sobre todo en épocas de estiaje⁷⁹⁵.

Tampoco debe olvidarse la participación que tuvieron las empresas estatales de generación eléctrica, en estricto ELECTROPERU, en la generación adicional (denominada generación de emergencia pues atendía situaciones de restricción temporal declaradas por el MINEM) dispuesta por el Decreto de Urgencia N° 037-2008. Y que tuvo como resultado la construcción y operación de las Centrales Térmicas de Emergencia Trujillo⁷⁹⁶, Mollendo⁷⁹⁷ y Piura⁷⁹⁸, siendo estas dos últimas todavía operadas por ELECTROPERU.

⁷⁹⁴ QUIÑONES, María Teresa. “Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos” (2012). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 12, p. 67.

⁷⁹⁵ Ver:
<http://www.electroperu.com.pe/ElectroWebPublica/PaginaExterna.aspx?id=54&modo=submenu3er o&idioma=ESPAÑOL>

⁷⁹⁶ Según información del COES, los activos que conformaron la central térmica de emergencia Trujillo fueron trasladados a la central térmica de emergencia Mollendo.

No obstante lo anterior, debe advertirse que incluso en la actualidad el Estado continúa haciendo uso de las empresas estatales frente a las deficiencias que, dada su naturaleza, siempre podrán manifestarse en la industria eléctrica. Así, como se mencionó previamente, en virtud del artículo 2º del Decreto Supremo N° 044-2014-EM, en las situaciones de emergencia o graves deficiencias del servicio eléctrico por falta de capacidad de producción y/o transporte declaradas por el MINEM, esta entidad establecerá **“la empresa pública que adoptará la medida dispuesta**, así como la magnitud de la capacidad adicional de generación y/o transporte de naturaleza temporal necesaria **para asegurar el abastecimiento oportuno del suministro** de energía eléctrica en el SEIN” (énfasis agregado).

El objetivo de esta disposición, según la exposición de motivos de esta norma, es la siguiente:

*Con el fin de atender oportunamente tal crecimiento de la demanda, es que en el marco de la política de promoción de inversiones en el sector energético actualmente se vienen desarrollando diversos proyectos de nuevas líneas de transmisión eléctrica y de nuevas centrales de generación hidroeléctrica y termoeléctrica, estando previsto también el tendido de un nuevo gasoducto al sur del país, cuyos respectivos cronogramas de ejecución pueden verse afectados eventualmente, debido a circunstancias inherentes a proyectos de esa magnitud, lo que puede significar un retraso en la puesta en servicio de la respectiva instalación y, por consiguiente, **dar lugar a eventos de restricción temporal de generación**.*

En los sistemas se puede producir restricciones de generación debido a diferentes causas**, entre ellas, congestión en el sistema de transmisión de electricidad, congestión en el sistema de transporte de gas, fallas de generación, retrasos en la ejecución de nuevos proyectos o de refuerzos, eventos naturales. Ante ello, **es necesario implementarse medidas que brinden confiabilidad a la cadena de suministro de energía ante situaciones temporales de falta de capacidad de producción** o de transmisión, **para asegurar así el

⁷⁹⁷ Resolución Ministerial N° 203-2012-MEM-DM.

⁷⁹⁸ Resolución Ministerial N° 336-2012-MEM-DM.

abastecimiento oportuno de energía en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN)⁷⁹⁹ (énfasis agregado).

Como se observa, el Estado advirtió que, pese a que se estaban desarrollando diversos proyectos eléctricos (tales como nuevas líneas de transmisión, nuevas centrales de generación y el gasoducto del sur), estos podrían no entrar en operación a tiempo para cubrir la creciente demanda eléctrica.

En virtud de esta norma, desde el 2015, el MINEM ha declarado siete situaciones de deficiencia eléctrica⁸⁰⁰ que, por el momento, se han suscitado en sistemas aislados⁸⁰¹, lo que explica por qué el Estado ha designado a distribuidoras estatales para que se encarguen de efectuar las contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras necesarias para la implementación de las medidas temporales. Ello; sin embargo, no descarta eventuales situaciones de desabastecimiento en el SEIN que ameriten la intervención de generadoras estatales, conforme a lo advertido inicialmente en la norma. Más aun considerando que uno de los proyectos diseñados para funcionar como fuente energética de los proyectos termoeléctricos del Nodo Energético del Sur, Gasoducto del Sur, ha quedado recientemente suspendido debido a que el adjudicatario no cumplió con el cierre financiero.

Estos son solo algunos de los ejemplos que, tanto en la práctica como a nivel normativo, demuestran que las empresas estatales continúan siendo herramientas útiles y de acción inmediata a disposición del Estado peruano para garantizar la confiabilidad del sistema eléctrico.

⁷⁹⁹ Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 044-2014-EM, p. 1.

⁸⁰⁰ Resolución Ministerial Nos. 114-2015-MEM-DM, 117-2015-MEM-DM, 222-2015-MEM-DM, 328-2015-MEM-DM, 368-2015-MEM-DM, 386-2015-MEM-DM, 027-2017-MEM-DM.

⁸⁰¹ Sistema Eléctrico de Iquitos (Electro Oriente S.A.), Sistema Eléctrico de Bagua - Jaén - San Ignacio (Electro Oriente S.A.), Sistema Eléctrico de Pucallpa (Electro Ucayali S.A.), Sistema Eléctrico de Puerto Maldonado (Electro Sur Este S.A.A.), Sistema Eléctrico de Piura (Enosa S.A.), Sistema Eléctrico de San Martín (Electro Oriente S.A.).

Teniendo en cuenta la experiencia nacional, encontramos asidero a lo señalado por el autor M. ARAGÓN REYES, refiriéndose al sector eléctrico:

No creo que esa actividad pueda dejar de ser realizada por el poder público y confiada por entero a la sociedad, porque no creo que la libertad, por sí sola, produzca la igualdad (a menos en el tiempo corto en que se mueve, inevitablemente, la vida de los seres humanos). **Tampoco creo que quepa obtener la igualdad erradicando la libertad**. Al fin y al cabo se trata de dos valores estrechamente ligados no sólo por prescripción de nuestro texto constitucional, sino por exigencias del modelo de civilización al que pertenecemos. De ahí, como decía al comienzo, que me parezca un sinsentido plantear la actual crisis del Estado social como una disyuntiva entre Estado social sí y Estado social no. **No creo que nuestro Estado (ni cualquier otro del mundo civilizado) pueda abdicar del cumplimiento de una serie de tareas sociales**⁸⁰² (énfasis agregado).

Por estas razones y teniendo en cuenta la información sobre su participación en el mercado, desarrollado en los numerales anteriores, consideramos que como solución de última ratio, **las empresas estatales de generación eléctrica pueden desarrollar un rol subsidiario, en particular en la generación hidroeléctrica, y, en ese sentido, deben seguir operando en el sistema eléctrico**. Sea para asumir la operación de proyectos eléctricos que son relevantes para la población pero que no resultan atractivos para el sector privado, lo que podrá comprobarse en su etapa de diseño, en el que se podrá determinar si el mismo es económica y socialmente rentable; o, posteriormente, si luego de convocado el proyecto a concurso público, éste quede desierto o no se obtenga el resultado esperado. O, sea para asumir la generación eléctrica en situaciones de emergencia, en las que la producción de centrales de generación privadas resulte insuficiente o no despachen por algún motivo, entre otros escenarios que sean oportunamente analizados.

Así, en una industria eléctrica peruana cuyo funcionamiento, como hemos visto, es afectado actualmente por una serie de distorsiones, podemos señalar que las

⁸⁰² ARAGON REYES, M. "Del Estado intervencionista al Estado regulador". En: Tratado de Regulación del Sector Eléctrico". Tomo I: Aspectos Jurídicos. 2008, p. 37-38.

empresas estatales de generación eléctrica pueden cumplir un rol subsidiario en determinados escenarios. En ese sentido, como señala el autor José María SOUVIRON MORENILLA, “la iniciativa pública puede orientarse al logro del interés general sin tener por ello que ser sustitutiva o subsidiaria de la privada, sino paralela o complementaria de ésta (por ejemplo, cubriendo fines sociales dentro del mercado)”⁸⁰³.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el carácter subsidiario que puedan tener las generadoras estatales es temporal y en determinados escenarios. En ese sentido, el rol subsidiario que puedan cumplir las generadoras estatales es un análisis que deberá efectuarse caso por caso y de manera permanente. Como hemos observado a lo largo de esta investigación, en caso eventualmente se determine que las generadoras estatales no cumplen un rol subsidiario de manera general o en un determinado proyecto, existen diversas opciones para reducir o incluso suprimir la actividad empresarial del Estado⁸⁰⁴.

4.7 Compatibilizando la actividad empresarial del Estado con el principio de subsidiariedad

El mayor desafío que nuestra conclusión representa es compatibilizar esta actividad empresarial del Estado con el principio de subsidiariedad. Como hemos desarrollado previamente, el principio de subsidiariedad, además de presentar una vertiente negativa o de prohibición, que consiste en impedir la intervención innecesaria del Estado, también presenta una vertiente de carácter positivo o de habilitación, mediante

⁸⁰³ SOUVIRON MORENILLA, José María. La actividad de la administración y el servicio público. Editorial Comares: Granada. 1998, p. 190.

⁸⁰⁴ Una de estas opciones es la que fue planteada en el Proyecto de Ley N° 3690 “Ley que establece medidas para promover el crecimiento económico” en el 2014, consistente en la transferencia de un porcentaje de las acciones de la empresa estatal al sector privado. Otra opción es promover la inversión privada en los proyectos de titularidad de empresas estatales a través de asociaciones público-privadas, reguladas en el Decreto Legislativo N° 1224 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 410-2015-EF. En esta figura, se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente.

la cual el Estado “puede intervenir para “auxiliar” a los particulares en su propósito de satisfacer las necesidades de los ciudadanos”⁸⁰⁵.

En ese sentido, KRESALJA sostiene que “[e]l rol subsidiario del Estado no consiste en la ausencia o renuencia a actuar sino más bien en la priorización de su actuación para poder lograr un auténtico desarrollo”⁸⁰⁶ (énfasis agregado). En esta línea, el autor Tommaso FROSINI ha señalado que “[n]o es concebible que en situaciones de emergencia (...), el principio de subsidiariedad se decida en forma de abstención o de retroceso de la intervención estatal, sin más”⁸⁰⁷ (énfasis agregado).

En esta medida, coincidimos con la conclusión del autor Augusto QUINTANA respecto a que el debate en torno a la decisión entre las acciones directas o indirectas del Estado “se reduce a un ejercicio de fundamentación. Esto último es de especial importancia, pues cualquiera sea la fórmula que se adopte, la consagración de principios en la Constitución es para favorecer el bien común, y no para disponer de trabas o impedimentos para su mejor diligenciamiento”⁸⁰⁸ (énfasis agregado).

En ese sentido, conforme a lo señalado por SOUVIRÓN MORENILLA, por un lado, la actividad prestacional pública es susceptible de ser desarrollada en un contexto de libre competencia o, por otro lado, queda orientada no a la rentabilidad económica de su explotación, sino a la satisfacción de intereses colectivos⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ CAIRAMPOMA, Alberto. “El servicio universal en el sector eléctrico peruano: análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 12, p. 177.

⁸⁰⁶ KRESALJA, Baldo. ¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana (2015), 143.

⁸⁰⁷ FROSINI, Tommaso. “Subsidiariedad y Constitución”. En: Revista de Estudios Políticos. Número 115, 2002, p. 313.

⁸⁰⁸ QUINTANA, Augusto. “El principio de subsidiariedad” Revista de Derecho Público (edición especial), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2014), p. 313.

⁸⁰⁹ SOUVIRÓN MORENILLA, José María. La actividad de la administración y el servicio público. Editorial Comares: Granada. 1998.

Trasladando este sustento al ya desarrollado principio de economía social de mercado, el autor César LANDA ha concluido que “el principio de subsidiariedad no pone en entredicho el rol y la importancia del Estado en el mercado de una economía social de mercado; y, por el contrario, se deberá entender que “el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales (...) no están en condiciones de hacerlo”⁸¹⁰.

Como hemos visto, el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 60° de la Constitución establece que: “Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. En ese sentido y por las razones expuestas en el numeral anterior, **consideramos que la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica puede cumplir un rol subsidiario, en particular en la generación hidroeléctrica, y está justificada en razón de alto interés público y manifiesta conveniencia nacional.** Esto encuentra sustento en la vertiente positiva del principio de subsidiariedad a la que hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo y que habilita al Estado a intervenir directamente en el mercado.

No obstante lo anterior, el artículo 60° de la Constitución es claro respecto al requisito formal de habilitación por ley expresa. En estricto, EGASA, EGEMSA, EGESUR y SAN GABAN son cuatro de las cinco generadoras estatales que no cumplen con este requisito, por lo que su situación necesariamente debe regularizarse, de lo contrario continuarán actuando en incumplimiento de una disposición constitucional.

⁸¹⁰ LANDA, César. “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993” Justicia Constitucional. En: Revista de jurisprudencia y doctrina 6, 51-70 (2008), p. 58-59.

Considerando lo anterior, en la práctica, el análisis que desarrolle INDECOPI frente a una denuncia contra una empresa estatal de generación eléctrica por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas del artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, deberá considerar en su análisis los fundamentos antes expuestas y que, salvo por el requisito formal en el caso de las generadoras estatales antes mencionadas, deberían llevar a esta entidad a concluir en determinados escenarios, como los antes desarrollados, que la actividad empresarial de la generadora estatal puede cumplir un rol subsidiario.



CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, se ha observado cómo diversos autores han identificado la necesidad de una reevaluación o reinterpretación del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 60° de la Constitución, de manera que éste sea coherente con el modelo de economía social de mercado consagrado también en el artículo 58° de la norma constitucional. Esto significa no limitar el principio de subsidiariedad a su fase negativa, esto es, el deber del Estado de abstenerse a realizar una determinada actividad; sino de hacer resurgir además su fase positiva o el deber de intervenir del Estado cuando subsistan razones que así lo requieran.

De este modo, cuando la Constitución señala en su artículo 60° que “solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional”, éste debe ser leído conjuntamente con lo que señala su artículo 58°, que dispone que “el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Por ese motivo, consideramos que un análisis del carácter subsidiario de una empresa estatal que solamente incluya aspectos económicos (subsidiariedad económica) es incompleto y no es coherente con la norma constitucional. Por tanto, la metodología desarrollada a nivel administrativo por INDECOPI, debe también considerar otros aspectos, vinculados al carácter de interés público y conveniencia nacional a los cuales hace referencia el artículo 60° de la Constitución. Como hemos señalado, en la generación eléctrica, es evidente este alto interés público y conveniencia nacional, al tratarse de una actividad sobre la que se sostienen dos servicios públicos: la transmisión y distribución eléctrica.

En esta línea, nos hemos referido a la empresa estatal como una “solución de última ratio”⁸¹¹. En ese sentido, al momento de analizar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, deben identificarse y evaluarse las medidas adoptadas previamente por el Estado, que no habrían resultado suficientes para promover una adecuada inversión privada en el mercado en cuestión, lo que justifica su intervención directa y se sustenta en la vertiente positiva del principio de subsidiariedad.

En el caso concreto, líneas arriba se detallaron algunas de las medidas implementadas por el Estado para promover la inversión privada en la generación eléctrica, en particular, en aquellos proyectos de gran envergadura que aseguran la continuación del suministro eléctrico y que contribuyen a la diversificación de la matriz energética, con el objetivo de mitigar la contaminación ambiental y el riesgo que acarrea para la confiabilidad del sistema la dependencia de una sola fuente energética. En esta línea, debe recordarse que de no ser por la iniciativa del Estado, proyectos como Cerro del Águila, Chaglla, Cheves, Santa Teresa, Pucará, Yuncán, Molloco, hoy importantes proyectos hidroeléctricos, no se habrían llevado a cabo.

Esto demuestra que pese a todos los esfuerzos del Estado por estimular el desarrollo de la inversión privada en el segmento de la generación eléctrica bajo las pautas estrictas de la LCE (recordando que esta norma en su redacción original no desarrolló una política de incentivos para el desarrollo de grandes proyectos de generación hidroeléctrica), el sector privado no tuvo una respuesta adecuada a tal estímulo, evidenciando la escasa apuesta del sector privado para el desarrollo de grandes proyectos de generación hidroeléctrica. Ello pues la experiencia de los últimos años demuestra que tuvo que ser el propio Estado el que diseñó y convocó tales proyectos

⁸¹¹ HUAPAYA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución”. En *Boletín Sociedad Libre*, Número 27, 2012, Lima: Facultad de Derecho UPC, pp. 696.

hidroeléctricos para que el sector privado participe en dicha actividad, aunque mediante estímulos directos (como contratos de suministro o ingresos garantizados), saliéndose del marco general de la LCE.

En esta medida, este trabajo propone que, al margen de las políticas específicas de estímulo a la inversión privada desarrolladas en los últimos años por el Estado, el eventual desarrollo de la actividad empresarial del Estado en la generación eléctrica puede ser (y de hecho lo es) una alternativa que complementa y no interfiere con la participación del sector privado en el mercado de la generación, en particular, hidroeléctrica. En este último caso, se trata de proyectos de inversión que pueden resultar a largo plazo convenientes para el país pero que no necesariamente son atractivos en el corto y mediano plazo para el sector privado⁸¹² -rol que ha venido desarrollando ELECTROPERU, por ejemplo-.

Así, concluimos que, como solución de última ratio, las empresas estatales de generación eléctrica pueden desarrollar un rol subsidiario y, en ese sentido, deben seguir operando en el sistema eléctrico. A ello además debe añadirse que la participación de las generadoras estatales en la experiencia comparada ha sido y continúa siendo favorable para el desarrollo del sector eléctrico.

Sin embargo, conviene hacer notar que algunas de estas empresas, en estricto, EGASA, EGEMSA, EGESUR y SAN GABAN, son cuatro de las cinco generadoras estatales que deben adecuarse al requisito formal de habilitación por ley expresa preestablecido en el artículo 60° de la Constitución pues de lo contrario continuarán realizando sus actividades en incumplimiento de una disposición constitucional. Adicionalmente, el Estado debe evaluar si continúa siendo necesario mantener

⁸¹² QUIÑONES, Maria Teresa. "Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos" (2012). En: Revista de Derecho Administrativo. Número 12, p. 67.

dividida su actividad empresarial en cinco generadoras estatales o si resulta más eficiente –en términos de gestión y buen gobierno corporativo- que éstas sean absorbidas en una sola.

Por último, es necesario advertir que esta conclusión es temporal: “Lo que hoy es subsidiario mañana puede dejar de serlo”⁸¹³; y, no se aplica en todos los escenarios, por ejemplo, aquellos proyectos eléctricos en los que sí se evidencie un interés por parte del sector privado, no deberán en principio ser operados por generadoras estatales. Por este motivo, sostenemos que la subsidiariedad de las generadoras estatales es un análisis que deberá realizarse de manera permanente y deberán adoptarse las medidas que ampliamente hemos desarrollado en esta investigación en caso se determine posteriormente que su rol ha dejado de ser subsidiario. Consideramos que éste es el verdadero significado del principio de subsidiariedad al cual se refiere el artículo 60° de la Constitución.

⁸¹³ BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad” (2011). En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, p. 203.

Libros, capítulos de libros y artículos

- AGUERO, Aileen; Diego PETRECOLLA, Alexis PIRCHIO y Carlos A. ROMERO. *Análisis de monitoreo de las condiciones de competencia en el sector eléctrico de Perú*. Informe final correspondiente a la contratación de servicios de consultoría: Adjudicación de Menor Cuantía N° 182-2009. 2010. Consulta: 30 de marzo de 2016.
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Otros-Estudios/Consultoria/AnalisisMonitoreo-Condiciones-SectorElectrico.pdf
- AGUILAR, Giovanna. "El sistema tarifario del servicio público de electricidad, una evaluación desde el punto de vista de los usuarios. Marzo 2003. Documento de Trabajo 24. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD224.pdf>
- AGUNDEZ, Miguel Angel y Julián MARTINEZ-SIMANCAS (Dir.), *Energía eléctrica. Manual básico para juristas*. La Ley: Madrid. 2014.
- AGURTO, Carolina y Omar ALVARADO. No todo tiempo pasado fue mejor. Algunos alcances sobre el principio de subsidiariedad y la Resolución N° 3134-2010-SC1/INDECOPI. Actualidad Jurídica 206, 2011.
- ALCAZAR, Lorena; NAKASONE, Eduardo; y, TORERO, Maximo. Provision of Public Services and Welfare of the Poor: Learning from an incomplete electricity privatization experience in rural Peru. Inter-American Development Bank Research Department. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.iadb.org/res/laresnetwork/files/pr267finaldraft.pdf>
- ALFARO, Jesús y Cándido PAZ-ARES. "Un ensayo sobre la libertad de empresa". En Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Volumen 4, Thomson-Civitas, 2003, 5971-6040.
- ALONSO UREBA, Alberto. *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A. 1985.
- ALVAREZ RODRICH, Augusto. *Principios de empresas estatales y privatización*. Lima: Universidad del Pacífico. 1992.
- ALVEAR TELLEZ, Julio. "La jurisprudencia del amparo económico. Los tres grandes déficits de la última década". En: Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 11, No. 2013, pp. 167-220. Consulta: 28 de marzo de 2017.
<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art06.pdf>
- ARAGON, Ismael. "El mercado de electricidad en el Perú". En: Revista de derecho administrativo. Número 12, 2012.
- ARAGÓN REYES, Manuel. "Del Estado intervencionista al Estado regulador". En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y

- José Manuel SALA (Dir.). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo I: Aspectos jurídicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi.
- ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons: 1993.
 - ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas,, de las que algo se puede aprender*. España: Aranzadi S.A. 2007.
 - BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “Electricidad, servicio público y mercado”. En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (directores). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo I: Aspectos jurídicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi.
 - BALDEÓN, Carlos. “La Liberalización incompleta en el Perú: viabilidad jurídica de implementar un régimen autorizatorio para la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones”. En: Revista de derecho administrativo. 2002. Lima. No. 12.
 - BALDWIN, Robert, Martin CAVE y Martin LODGE. *Understanding Regulation. Theory, strategy and practice*. Oxford: Second Edition. 2012.
 - BASSINO SCARRONE, Aldo y Guillermo CRUZ GALLO. *Régimen legal en el país en el sub-sector electricidad*. Lima: Electrolima. 1975.
 - BEL, Germá. *Economía y política de la privatización local*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006.
 - BEL, Germá; Joan CALZADA y Xavier FAGEDA. “Liberalización en los servicios públicos de red”. in Lluís Cases (director) *Anuario de la Competencia*. 2005. Marcial Pons, Barcelona, 177-208.
 - BEL, Germá; Joan CALZADA y Xavier FAGEDA, “Liberalización y Competencia en España: ¿dónde estamos?, *Información Comercial Española*. 2006. Vol. 829, 123-144.
 - BINTI KASIM, Nurulain Nadiah. “Study on single buyer model and pool trading model in deregulated electricity market. A Project report submitted in partial fulfillment of the requirements for the award of the Degree of Master of Electrical Engineering”. Enero 2014. En Universiti Tun Hussein Onn Malaysia Institutional Repository, pp. i-54, p. 3-19. Consulta: 20 de enero de 2016.
http://eprints.uthm.edu.my/5535/1/NURULAIN_NADIAH_BINTI_KASIM.pdf
 - BOIX, Andrés. *Cohesión social y liberalización de servicios públicos*. Trabajo de investigación. Universidad de Valencia. España: 2001.
 - BULEJE, Crosby y Luis DIEZ CANSECO. “Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N° 3134-2010/SCI-INDECOPI”. En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, 2011.
 - BULLARD, Alfredo. “El otro pollo. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad”. En: Revista de Derecho Administrativo, Número 10, 2011.

- CABALLERO SANCHEZ, Rafael. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. Diciembre 2003. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- CAIRAMPOMA, Alberto. “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano”. En: *Aportes para un Estado eficiente. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra: Lima, 2012.
- CAIRAMPOMA, Alberto. “El servicio universal en el sector eléctrico peruano: análisis del marco normativo a partir de la experiencia de la Unión Europea”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Número 12. Lima, 2012.
- CAIRAMPOMA, Alberto; Guelly SOLAR; Diego Zegarra. “Principales aspectos jurídicos del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL)”. 2006. En: *Themis*, Época 2, No. 52, 171-187.
- CAIRAMPOMA, Alberto; Guelly SOLAR. *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones*. 2010. Editorial Adruis: Arequipa.
- CARBAJAL, Max, Alfredo DAMMERT y Fiorella Molinelli. *Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano*. Mayo de 2011. Lima: OSINERGMIN. http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro_Fundamentos_Tecnicos_Economicos_Sector_Electrico_Peruano.pdf
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- CONRATH, Craig. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Traducción por Inés BOTERO. Bogotá: Industria y Comercio Superintendencia. 1998.
- COPRI-Grupo de Análisis de Post Privatización. *Evaluación del proceso de privatización sector eléctrico (Informe Largo)*. Febrero 2000.
- DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Lennin QUISO. *La problemática de la supervisión de la calidad del servicio eléctrico*. Documento de Trabajo N° 6. Diciembre de 2004. Lima: Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, p. 7. http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_06.pdf
- DAMMERT, Alfredo, Raúl GARCÍA y Lennin QUISO. “Dinámica de la Inversión en Generación de Electricidad en el Perú”. Preparado para el XXII Encuentro de Economistas del Banco Central de Reserva del Perú. Noviembre, 2005.
- DAMMERT, Alfredo, José GALLARDO y Raúl GARCÍA. *Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano*. Documento de Trabajo N° 5. Setiembre 2005. Lima: Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN. http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_05.pdf
- DAMMERT, Alfredo; Raúl GARCÍA CARPIO y Fiorella MOLINELLI. *Regulación y supervisión del sector eléctrico*. Segunda reimpresión: marzo de 2013. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 96.

http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro_Regulacion_Supervision_del_Sector%20Electrico.pdf

- DAMMERT, Alfredo; Raúl GARCÍA y Raúl PEREZ-REYES. “Análisis de las barreras y facilidades para la inversión en centrales hidroeléctricas”. Documento de Trabajo N° 24. Oficina de Estudios Económicos. Diciembre, 2006, Consulta: 28 de setiembre de 2016.
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_24.pdf
- DANOS, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana”. En: Themis Revista de Derecho, Número 55.
- DE DICCO, Ricardo. “El rol de ENARSA en la diversificación de la matriz energética nacional”. Centro Latinoamericano de Investigaciones Científicas y Técnicas. 2012. Consulta: 30 de setiembre de 2016.
http://www.cienciayenergia.com/Contenido/pdf/011012_rad_arg.pdf
- DE LA CRUZ FERRER, Juan. *Bases para el diseño de los mercados eléctricos*. Working Paper N° 36. Madrid: 2006.
- CRUZ FERRER, Juan de la. “El mercado interior europeo de la electricidad”. En: Noticias de la Unión Europea. 2008. No. 284.
- CORTÉS CAMPOS, Josefina. *Derecho administrativo y sector eléctrico. Elementos de regulación*. Editorial Porrúa: México, 2007.
- DEFILIPPI, Enzo; Carlos PAREDES y Rafael VERA. *Mercado eléctrico en el Perú: Balance de corto plazo y agenda pendiente*. Cuadernos de investigación: Universidad de San Martín de Porres, 2013. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
http://institutodelperu.org.pe/descargas/Publicaciones/DelInstitutodelPeru/DOC/mercado_electrico_en_el_peru_versin_final_fondo_editorial.pdf
- DIAZ LEMA, José Manuel. “La evolución del derecho comunitario de la energía: Hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias”. En: BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (Dir.). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo I: Aspectos jurídicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi.
- Documentos del conflicto – La Batalla de Arequipa. En: OSAL: Observatorio Social de América Latina. No. 8 (sep. 2002). Buenos Aires. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal8/documentos.pdf>
- DROMI, José. *Reforma del Estado y privatizaciones*. Editorial Astrea: Buenos Aires. 1991.
- EVANS, Eugenio y María Carolina SEEGER. *Derecho eléctrico*. Lexis Nexis: Santiago de Chile. Segunda Edición 2007.
- FALLA, Alejandro. “¡Zapatero a tus zapatos! De los costos de la actividad empresarial del Estado en el mercado y de la conveniencia del principio constitucional de subsidiariedad. En: *Perú Económico* 3, 2003. Consulta: 21 de junio de 2016.

http://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2003af_zapatero.pdf

- FERNANDEZ, Tomás-Ramón. “Del servicio público a la liberalización. Desde 1950 hasta hoy”. En: Revista de administración pública. No. 150. 1999.
- FIGARI, Hugo; Hugo GÓMEZ y Mario ZÚÑIGA. “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”. En Revista de la competencia y la propiedad intelectual. Número 1: 2005. Lima: INDECOPI, pp. 153-187.
- FLINT BLANCK, Pinkas. Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia. Fondo Editorial PUCP: 2002.
- FLORES-ARAOZ, Rosa María. “Cambios en la regulación del mercado eléctrico: ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica”. *Foro empresarial*. Lima, No. 1. 2007, pp. 59-79.
- FROSINI, Tommaso. “Subsidiariedad y Constitución”. En: Revista de Estudios Políticos. Número 115, 2002.
- GALLO GOLD, Maria José. “Gobierno presentó proyecto para reducir las tarifas eléctricas”. En: Diario El Comercio. 14 de abril de 2016. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
<http://elcomercio.pe/economia/peru/gobierno-presento-proyecto-reducir-tarifas-electricas-noticia-1894116>
- GILLIS, Malcolm, Dwight H. PERKINS, Michael ROEMER y Donald R. SNODGRASS. *Economics of Development*. W.W. Norton & Company, Nueva York, 1983.
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín. Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. Colección de Derecho Público. Ad-Hoc S.R.L.: Buenos Aires. Primera edición: 2000.
- GONZALEZ-VARAS, Santiago. “¿Del servicio público a los mercados de interés general?”. En: Cuadernos de Derecho público. No. 12. 2001.
- GUTIERREZ, Walter. Comentarios al artículo 59ª: Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo. En: La Constitución comentada: Comentarios a los artículos 58 a 73 de la Constitución Política del Perú, 2005.
- GUTIERREZ, Walter (Dir.). “Artículo 60. Principio de subsidiariedad” En La Constitución comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2005.
- GUZMAN, Christian. “El principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente del INDECOPI”. En: Actualidad Jurídica, Número 206, 2011.
- HACHA, Moisés. Recordando el levantamiento masivo de Arequipa conocido como el “arequipazo”. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.academia.edu/8377161/arequipazo>
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. El proyecto de ley de reforma de la Constitución, la Constitución económica y la regulación económica como técnica de reversión del estatismo”. En Revista peruana de derecho público, No. 4, 2002, pp. 69-88.

- HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Propuesta de interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución”. En *Boletín Sociedad Libre*, Número 27, 2012, Lima: Facultad de Derecho UPC.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de la regulación”. En: *Ius et Veritas*. No. 40. 2010.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Administración pública, derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones. ARA Editores: Lima. Segunda edición: 2013.
- HUNT, Sally. *Making competition work in electricity*. 2002. Nueva York: John Wiley & Sons, Inc.
- INDECOPI. *Competencia en el mercado de clientes finales de energía eléctrica no sujetos a regulación de precios*. Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia: Lima. 1999.
- INSTITUTO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES. *Reconocimiento del uso del recurso hídrico por los diferentes sectores productivos en el Perú*. INRENA: Lima. 1996, p. 239. Consulta: 25 de enero de 2016.
http://www.cepes.org.pe/pdf/OCR/Partidos/estudio_uso_rr.hh..htm
- KLAUER, Álvaro. “¿Por qué suben las tarifas eléctricas?”. En: *IUS 360°*. 18 de marzo de 2016. Consulta: 28 de setiembre de 2016.
http://www.ius360.com/otro/mineria-y-energia/por-que-suben-las-tarifas-electricas/#_ftn16
- KRESALJA, Baldo. *El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993*. Lima: Palestra. 2010.
- KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009.
- KRESALJA, Baldo. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, 2015.
- LANDA, César. “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993” *Justicia Constitucional*. En: *Revista de jurisprudencia y doctrina* 6, 51-70, 2008.
- LASHERAS, Miguel Angel. “Regulación vs. Competencia y la teoría del bienestar en el sector eléctrico español”. En BECKER, Fernando; Luis María CAZORLA; Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS y José Manuel SALA (directores). *Tratado de regulación del sector Eléctrico*. Tomo II: Aspectos económicos. Primera edición: 2009. Navarra: Aranzadi.
- LINDE PANIAGUA, Enrique. “Contencioso-administrativo”. En: *Boletín de la Facultad de Derecho*. Número 5, 1993/1994.
- LÓPEZ-JURADO, Francisco. “Técnicas específicas de los servicios en red”. En MUÑOZ MACHADO, Santiago (director). *Derecho de la regulación económica*. Volumen 1: Fundamentos e instituciones de la regulación. 2010. España: Iustel.

- LUYO, Jaime. “De las crisis a las Reformas regulatorias en el Sector Energía”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Parte II, No. 12, pp. 77-85, p. 77.
- MANAYALLE, Alejandro. “Desregulación de tarifas en el mercado de generación eléctrica en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Número 14. 2014.
- MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. “Reflexiones sobre las privatizaciones”. En *Revista de Administración Pública*. Número 144. 1997, pp. 7-43.
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Luz del progreso*. 2010. Lima: Ministerio de Energía y Minas.
- MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS. *Ley de la industria eléctrica No. 12378, Reglamento y Anexo sobre sistema de clasificación uniforme de cuentas*. Edición Oficial: Lima. 1956.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. 2004. Madrid: Civitas
- MOLINELLI, Fiorella. “Análisis de las facilidades y barreras para la inversión en centrales hidroeléctricas: Una revisión de la agenda pendiente”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, año 5, Número 8, INDECOPI, 2009. Consulta: 9 de julio de 2016.
<http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2009/04AnalisisSobreFacilidades.pdf>
- MORENO CASTILLO, Luis Ferney. *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: La convergencia entre libre competencia e intervención estatal*. 2012. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica: Lima. 2011.
- OCHOA, César. “El marco constitucional económico de la actividad empresarial del Estado” En *Lecturas sobre temas constitucionales* 5, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990.
- OCHOA, César. “El principio de subsidiariedad de la iniciativa pública”. En: *Actualidad Jurídica*. Número 206, 2011.
- OSINERGMIN. *Apuntes para el plan energético nacional*, 2014. Consulta: 30 de setiembre de 2016.
http://www2.osinerg.gob.pe/Infotec/GasNatural/pdf/apuntes_gas_electricidad_2014.pdf
- PATRON, Carlos. “El perro del Hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica”. En: *Themis revista de Derecho*. Segunda época. Número 52, 2006, pp. 75-91.
- QUADRA-SALCEDO, Tomás de la, «Constitución y modelo económico liberalizador», en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 9. 2000.
- QUINTANA, Augusto. “El principio de subsidiariedad”. En *Revista de derecho público (edición especial)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2014, pp. 126-127.

- QUINTANA, Eduardo. El rol asistencial y subsidiario de la actividad empresarial del Estado y su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, 2011. Diálogo con la jurisprudencia 149.
- QUIÑONES, María Teresa. Actividad empresarial del Estado, competencia desleal y servicios públicos, 2012. CDA Número 12.
- REBAZA, Alberto. “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*. Lima, No. 36, pp. 91-101.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo económico*. Cuarta edición: 2007. Madrid: Marcial Pons.
- RODRIGUÉZ-ARANA, Jaime. “Sobre las privatizaciones”. En *Revista de Derecho Administrativo*. Número 3. Círculo de Derecho Administrativo: Perú. 2007, pp. 181-194.
- RUIZ, Gonzalo, Martha MARTINEZ y Eduardo QUINTANA: El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, pp. 107-125.
- RUIZ, Manuel. Sector eléctrico : balance oferta-demanda (2015-2018). Moneda: Lima. Número 163. 2015. Consulta: 30 de marzo de 2016.
<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-163/moneda-163-09.pdf>
- SALINAS, Sergio. “La Ley antimonopolio y antioligopolio en el sector eléctrico: ¿sobrerregulando el mercado?”. *IUS ET VERITAS*. Lima, No. 33, 2015, pp. 151-160.
- SANTIVÁÑEZ SEMINARIO, Roberto. *Desregulación y privatización eléctrica en el Perú*. Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taimán & Luna-Victoria abogados: Lima. 2001.
- SANTIVÁÑEZ, Roberto. “Concentración en el sector eléctrico. ¿Es posible un control previo?”. *IUS ET VERITAS*. Lima, No. 18, 1999, pp. 136-143.
- SORIANO, José. *Desregulación, privatización y derecho administrativo*. Real Colegio de España: España. 1993.
- SUMAR, Paul. “La generación de emergencia”. En: *Revista Peruana de Energía* N° 1. Fondo Editorial Santiváñez Abogados. Noviembre, 2012. Consulta: 29 de setiembre de 2016.
<http://www.santivanez.com.pe/wp-content/uploads/2012/07/02energia.pdf>
- VALLENAS, Fritz. *La ley peruana de electricidad*. Lima: Asociación de Empresarios Eléctricos del Perú. 1955.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. *Derecho eléctrico*. Agosto de 2004. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
<http://vergarablancocl.com/Publicaciones/IV.%20Derecho%20Electrico/AVB%20IV%2017.1%202004%20ELECTRICO%20derecho%20electrico.PDF>

- ZEGARRA, Diego. El servicio público: fundamentos. Palestra Editores: Lima. 2005.
- ZEGARRA, Diego. Servicio público y regulación: Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Palestra Editores: Lima. 2005.
- ZEGARRA, Diego. *“El ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiariedad en materia económica recogido en la Constitución de 1993: el caso de la actividad administrativa de capacitación”*. En Quinto Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra. 2012.

Normas Jurídicas

- Constitución Política del Perú de 1979.
- Constitución Política del Perú de 1993.
- Ley de la Industria Eléctrica, aprobada por Ley N° 12378, promulgada el 6 de julio de 1955. Consulta: 25 de enero de 2016. Derogada.
<http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Leyes/1955/Julio/12378.pdf>
- Reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica, Decreto Supremo N° 3, Aprobado el 5 de enero de 1956. Derogado.
- Decreto Ley Normativo de Electricidad, aprobado por Decreto Ley N° 19521, promulgado el 13 de setiembre de 1972. Derogado
- Ley General de Electricidad, aprobada por Ley N° 23406, promulgada el 29 de mayo de 1982. Derogada.
- Reglamento de la Ley General de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 031-82-EM-VM, promulgado el 4 de setiembre de 1982. Derogado.
- Ley de Electroperú, aprobada por Decreto Legislativo N° 41, promulgado el 5 de marzo de 1981. Derogada.
- Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 674, promulgada el 27 de setiembre de 1991.
- Ley de creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia – INDECOPI, aprobada por Decreto Ley N° 25868, promulgado el 24 de noviembre de 1992.
- Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, aprobada por el Decreto Legislativo N° 701, promulgado el 7 de noviembre de 1991. Derogada.
- Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Eléctrico, aprobada por Decreto Legislativo N° 693, promulgada el 6 de noviembre de 1991. Derogada.
- Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por Decreto Ley N° 25844, promulgada el 19 de noviembre de 1992 y sus leyes modificatorias.

- Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, promulgado el 25 de febrero de 1993
- Ley de creación de OSINERGMIN, aprobada por Ley N° 26734, promulgada el 31 de diciembre de 1996.
- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332, promulgada el 29 de julio de 2000.
- Reglamento para la Comercialización de Electricidad en un Régimen de Libertad de Precios, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2000-EM, publicado por el 18 de setiembre de 2000.
- Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, aprobado por Ley N° 28832, promulgada el 23 de julio de 2006.
- Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-EM, publicado el 16 de abril de 2009.
- Proyecto de ley N° 14065/2005-CR que luego de aprobada, devino en la Ley N° 28832. Consulta: 29 de enero de 2016.
http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/TraDoc_expdig_2001.nsf/ProyectosExpDigital/13874?opendocument
- Resolución Suprema N° 289-92-PCM, que ratificó el acuerdo de la COPRI, según la cual se incluyó a Electroperu y Electrolima en el proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, publicada el 23 de mayo de 1992.
- Resolución Suprema N° 165-93-PCM, según la cual se autoriza a Electroperu y Electrolima a constituir Empresas de Generación, Transmisión y Distribución Eléctrica, promulgada el 11 de mayo de 1993.
- Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 216, publicada el 15 de junio de 1981. Derogada.
- Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada por Ley N° 24948, publicada el 4 de diciembre de 1988. Derogada.
- Reglamento de FONAFE, aprobado por Decreto Supremo N° 394-86-EF, publicado el 28 de noviembre de 1986.
- Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1031, publicado el 24 de junio de 2008.
- Proyecto de ley N° 05724. Presentación: 25 de febrero de 2003. Primera Legislatura Ordinaria 2002. Autor: Jacques Rodrich Ackerman. Partido: Perú Posible. Análisis costo beneficio, numeral 1. Consulta: 21 de agosto de 2016.
<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/777A499E5995BDF505256D25005C8EF6?opendocument>
- Proyecto de Ley N° 4443/2010-CR, que propuso derogar el Decreto Legislativo N° 1031, en tanto desnaturaliza el rol subsidiario del Estado en la economía, que

debe actuar “donde no llega la mano privada” para “cubrir las carencias sociales de los sectores no atendidos”. Consulta: 30 de agosto de 2016.

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/94affacac62bd18052577d600002f1f/\\$FILE/04443.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/94affacac62bd18052577d600002f1f/$FILE/04443.pdf)

- Glosario de abreviaturas y definiciones utilizadas en los Procedimientos Técnicos del COES-SINAC, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 143-2001-EM-VME, publicada el 31 de marzo de 2001.

Jurisprudencia

- INDECOPI. Sala de Defensa de la Competencia. 2007. Expediente 0391-2007/TDC-INDECOPI. Resolución N° 1368-2006/CPC-INDECOPI: 21 de marzo de 2007.
http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-44/2007/Re0391.PDF
- INDECPOPI. Sala de Defensa de la Competencia N° 1. 2010. Expediente 201-2008/CCD. Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI: 29 de noviembre de 2010, p. 1.
<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Polleria-EI-Rancho-Rol-Subsidiario-del-Estado-Peru.pdf>
- INDECOPI. Expediente 209-2008/CCD. Resolución 0778-2011/SC1: 4 de abril de 2011, p. 41. Consulta 26 de enero de 2016.
http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2011/Re0778.pdf
- INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. 2013. Expediente 107-2012/CCD. Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI: 1 de octubre de 2013.
http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re1604.pdf
- INDECOPI. Sala Especializada en Defensa de la Competencia. 2014. Expediente 175-2012/CCD. Resolución N° 416-2014/SDC-INDECOPI: 20 de marzo de 2014.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 2715–2002–AA/TC. Consulta: 28 de marzo de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02715-2002-AA%20Resolucion.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Consulta: 7 de julio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 034-2004-PI/TC. Consulta: 7 de julio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 3330-2004-AA/TC. Consulta: 7 de julio de 2016.
<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 7320-2005-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07320-2005-AA.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 1535-2006-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01535-2006-AA.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 07644-2006-PA/TC. Consulta 25 de diciembre de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07644-2006-AA.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Consulta: 20 de junio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 02615-2010-PA/TC. Consulta: 20 de agosto de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02615-2010-AA%20Resolucion.html>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia del Expediente N° 0001-2012-PI/TC. Consulta: 19 de junio de 2016.
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.html>



AGRADECIMIENTO

Quiero aprovechar este espacio para agradecer a Ramón Huapaya, mi asesor de tesis, profesor y amigo. Lo conocí en el 2012, como profesor de uno de los cursos que llevé en la universidad, en un momento en el que había dejado las prácticas para ver algo más que derecho administrativo y regulatorio. Él me trajo de vuelta y por eso también siempre estaré agradecida. Su participación en esta tesis ha sido la más importante. Él creyó en esta investigación desde el principio y sin dudarlo le dedicó el tiempo que incluso a veces no tenía, exigiéndome y motivándome en el proceso para que sea lo mejor que he hecho hasta ahora.

