

La libre transferencia de la capacidad de transporte de gas natural: un derecho cuyo ejercicio efectivo logra eficiencia económica

Augusto Vargas Rodríguez*

SUMILLA

En el presente artículo se realiza una breve revisión de las acciones llevadas a cabo por el Estado peruano para, en general, promover el desarrollo de la industria de gas natural con ocasión del hallazgo del gas natural de Camisea, y particularmente, para promover la construcción y puesta en funcionamiento de los ductos para su transporte. Ello, con la finalidad de explicar luego, de un lado, cómo es que con la puesta en práctica de alguna de las acciones antes referidas, destinadas a promover específicamente la construcción y puesta en funcionamiento de los aludidos ductos, se pusieron restricciones y condicionamientos a la cesión temporal de capacidad de transporte de gas natural, transgrediéndose así el derecho a la libertad de contratar de los usuarios y los principios que inspiran a la regulación que debe recaer sobre tal mercado; y de otro lado, por qué actualmente es pertinente desde un punto de vista económico que el Estado peruano, en lugar de promover soluciones normativas provisionales (como hasta ahora lo ha hecho), levante de forma definitiva las referidas restricciones y condicionamientos. Asimismo, con ocasión de las explicaciones antes referidas, se expone por qué consideramos que el transporte de capacidad de gas natural no es un Servicio Público, y por qué la regulación de acceso lejos de tener como fundamento el hecho de que el transportista administra infraestructura de uso público que tiene capacidad real limitada, responde a la calidad de monopolio natural del transportista y a la idea de que a la luz de ello es importante simular competencia en salvaguarda de los usuarios.

A partir del descubrimiento de los yacimientos de hidrocarburos de Camisea (en el Cuzco)¹ verificado entre los años 1984 y 1986, el Estado peruano ha procurado, mediante el establecimiento de políticas públicas determinadas (traducidas en normas jurídicas promulgadas, procesos licitatorios o concursos públicos llevados a cabo, actos administrativos emitidos, y actos jurídicos suscritos, entre otras medidas), la construcción y operación de la infraestructura necesaria para propiciar en el país la efectiva utilización del gas natural asociado a dichos yacimientos. Ello, tanto

para la realización de la actividad de generación de energía eléctrica y la actividad industrial (minera, cementera, textil, manufacturera, petroquímica, entre otras), así como para la realización de la actividad comercial, vehicular y residencial en el Perú.

Lo anterior, bajo el entendido que, en el largo plazo, la realización de todas esas actividades utilizando gas natural sería más económica, y ambientalmente más limpia en comparación con la realización de éstas utilizando otro tipo de

* Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con especialización en regulación de Servicios Públicos. Candidato MBA por la Universidad del Pacífico. Áreas de práctica: Asuntos regulatorios (electricidad, gas y transporte); concesiones de infraestructura; inversión privada; arbitraje; procedimientos administrativos; y procesos judiciales. Actualmente es Socio en el Área de Regulación de Servicios Públicos e Industrias de Redes de Santiváñez Abogados (2010 – a la fecha).

¹ Fue la empresa Shell Exploradora y Productora la que descubrió los yacimientos de Camisea conformados por los yacimientos de San Martín, Cashiriari y Mipaya. Ello, valiéndose del respectivo contrato que había suscrito en julio de 1981 con el Estado peruano (en mérito de la normativa en ese entonces aplicable) para realizar operaciones petrolíferas en la selva del Perú (consistentes en explorar la existencia de reservas en el Cuzco).

combustibles (tales como el petróleo, el diesel o el carbón, por ejemplo), y por tanto, más beneficiosa para la economía nacional en general².

Como parte de las políticas públicas adoptadas inicialmente por el Estado peruano para cumplir con la finalidad antes mencionada, y tomando en consideración las disposiciones normativas que regulaban hasta ese momento el mercado de hidrocarburos peruano³, en el segundo trimestre del año 1996, éste, a través de PERÚPETRO S.A., suscribió con el Consorcio conformado por las empresas Shell y Mobil, el respectivo Contrato de Licencia para la explotación de los yacimientos Camisea⁴ (Lotes 88A y 88B), en principio, por los próximos cuarenta años.

Dicho Contrato de Licencia suponía, entre otras, la obligación del referido Consorcio de construir y operar la infraestructura no solo para explotar los yacimientos de Camisea (es decir, no solo contemplaba la etapa de producción propiamente dicha), sino también para transportar el gas natural y los líquidos asociados a tales yacimientos hasta la costa sur de Lima. Para tal efecto, se estipuló que dicha obligación sería realizada en tres etapas⁵.

Así, se planteó que la primera etapa referida tendría una duración de dos años, e implicaría un programa mínimo de trabajo que comprendería la perforación de tres pozos exploratorios, el reprocesamiento de 259 kms de líneas sísmicas, y un estudio de factibilidad del mercado de gas natural de Lima (que tomaba en cuenta la construcción de dos ductos a la costa central: uno para el transporte del gas natural y otro para el transporte de los líquidos).

Asimismo, se estipuló que, al finalizar la referida primera etapa, el Consorcio podría resolver el Contrato de Licencia si es que de las actividades antes referidas hubiese concluido que no existían condiciones para el transporte del gas natural a la costa central.

En relación con la segunda etapa, se planteó que ésta tendría una duración de cuatro años y seis meses, y que, de un lado, comprendería el desarrollo de los yacimientos, la construcción de una planta separadora de líquidos en Camisea, y de los ductos para el transporte de gas natural y líquidos hasta la costa sur de Lima; y de otro lado, la construcción de una planta de fraccionamiento y facilidades para el despacho de hidrocarburos en la zona central.

Y en relación con la tercera etapa, se planteó que ésta tendría una duración de cuarenta años contados desde el término de la segunda etapa (es decir, transcurridos seis años y seis meses de suscrito el Contrato de Licencia), y comprendería la etapa de explotación de los yacimientos propiamente dicha.

Antes de concluir con la primera etapa, el Consorcio habría puesto a consideración del Estado peruano una serie de condicionamientos y/o requerimientos adicionales para poder seguir con las siguientes etapas.

Ello, se dice, en tanto que, a la luz de los análisis de factibilidad realizados por el Consorcio, desde su perspectiva, la rentabilidad de la inversión que el proyecto suponía no le permitiría al mismo la recuperación de su inversión en un plazo razonable.

² En el caso del replazo de los combustibles líquidos por el gas natural para la realización de actividades económicas, los ahorros se presentaban aún más claros tomando en consideración que se proyectó que la producción y puesta a disposición del gas natural en el Perú para su efectiva utilización no implicaría asociación alguna a los precios de dicho bien en el mercado internacional, habida cuenta de su extracción local. Ello, a diferencia de los combustibles líquidos que se utilizan en el país cuyos precios dependen del mercado internacional, habida cuenta de que el Perú no produce sino que principalmente importa dichos combustibles líquidos para su consumo interno.

³ Dichas disposiciones normativas básicamente estaban constituidas por la Ley Orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, Ley N° 26221, el Reglamento para el Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por O24-94-EM, y el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 056-93-EM. Esta última norma sería posterior y sucesivamente modificada y/o derogada, según fluye de sus textos, por el Reglamento para el Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 021-96-EM, el Reglamento de Transportes de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 041-99-EM, y el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2007-EM.

⁴ Cabe señalar que según las disposiciones normativas antes aludidas, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos podían ser realizadas por cualquier persona natural o jurídica exclusivamente a través de: (i) contratos de licencia; (ii) contratos de servicios; y (iii) otras modalidades de contratación que fuesen autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas. Asimismo, dichas disposiciones normativas también posibilitaban a cualquier persona natural o jurídica a construir, operar y mantener ductos para el transporte de hidrocarburos y sus productos derivados, de acuerdo al contrato de concesión que suscribiese sobre el particular con el Ministerio de Energía y Minas.

⁵ Ver CAMPODÓNICO SÁNCHEZ, Humberto. "La Industria del Gas Natural y las Modalidades de Regulación en América Latina". Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Serie Medio Ambiente y Desarrollo. Santiago de Chile. 1998.

No obstante que no se hicieron públicos dichos condicionamientos y/o requerimientos del Consorcio, según lo señalado por Arturo Vásquez Cordano y Raúl García Carpio⁶, éstos habrían sido los siguientes: (i) que se elevase el precio del gas natural; (ii) que se le permitiese participar en la actividad de distribución del gas natural en Lima; (iii) que se le permitiese exportar el gas natural a Brasil a través de la interconexión del ducto del gas natural con el gasoducto de San Cruz – San Pablo; y, (iv) que se le asegurase la venta del gas natural a las empresas generadoras termoeléctricas.

Como quiera que fuese, el referido Consorcio y el Estado peruano no llegaron a acuerdo alguno. Reflejo de ello es que, en julio de 1998, luego de finalizada la primera etapa comprometida antes referida, el Consorcio decidió resolver el Contrato de Licencia.

Ante ello, el Estado peruano consideró necesario poner en práctica un esquema distinto para promover la explotación de los yacimientos de Camisea, el desarrollo de la infraestructura de transporte de gas natural y líquidos asociados, y la distribución del gas natural por red de ductos. En ese sentido, éste tomó la decisión de:

- (i) Concursar públicamente, a través de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN (antes CEPRI y PROMCEPRI, sucesivamente), de forma separada, de un lado, la explotación de los yacimientos de Camisea a favor de un inversionista, y de otro lado, el desarrollo de la infraestructura de transporte de gas natural y líquidos asociados, y la distribución del gas natural por red de ductos a favor de otro inversionista (todo ello, bajo los mecanismos del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM); y
- (ii) Promulgar determinadas normas⁷ que no solo reforzarían la posibilidad de otorgar la concesión sobre la red de ductos para el transporte del gas natural y líquidos asociados, y la distribución del gas natural (denominada

Red Principal), bajo los mecanismos antes referidos, sino que además establecerían un instrumento (denominado Garantía por Red Principal – GRP) para garantizar los ingresos anuales que retribuyesen la inversión y los costos de operación y mantenimiento del inversionista que se adjudicase con la referida concesión de la Red Principal.

Esto último, entendemos, habiéndose considerado que la decisión de pretender adjudicar a un solo inversionista la concesión del transporte de gas natural y líquidos asociados, y la distribución de gas natural, con la GRP de por medio, respondía válidamente a que los mercados de transporte y distribución de gas natural: (i) tienen características de monopolio natural (es decir, con altos costos iniciales de inversión de recuperación en muy largos plazos en los que no vale la pena incurrir en inversiones de manera duplicada, y con considerables economías de escala y de alcance que determinan que lo más eficiente desde una perspectiva económica es que sea una sola empresa la que se ocupe de la prestación del servicio, o en otras palabras, que no exista competencia); y (ii) requieren de algún tipo de subsidio, cuando los mercados de demanda o consumo respectivos son inexistentes o incipientes (como era en ese momento el caso peruano).

Puntualmente, en esa ocasión, se ideó un subsidio a ser realizado no directamente por parte del Estado peruano, sino por parte de todos los usuarios de electricidad del Perú. Ello, bajo la premisa que todos éstos se beneficiarían en el corto o mediano plazo con el funcionamiento efectivo del mercado de gas natural y con la utilización que de éste se hiciera para la generación de energía eléctrica, habida cuenta de la rebaja que ello significaría en las tarifas eléctricas a pagar por los mismos. De hecho, la calificación que se le dio a tal subsidio fue el de un cargo regulatorio.

Sin embargo, existieron algunas discrepancias teóricas con respecto a dicha calificación, dado que: (i) desde un punto de vista regulatorio, son cargos regulatorios aquellos cuyo pago, de un lado, tenga relación directa con los costes de un servicio determinado, y de otro lado, tenga que ser realizado por los beneficiarios directos de dicho servicio; y (ii) en estricto, todos los usuarios de electricidad del Perú, en el momento que se

⁶ Ver VÁSQUEZ CORDANO, Arturo y GARCÍA CARPIO, Raúl. "La Industria del Gas Natural en el Perú". Documento de Trabajo N° 1. Oficina de Estudios Económicos. Agosto 2004.

⁷ Dichas normas son la Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, Ley N° 27133, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 4 de junio de 1999, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 040-99-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 15 de septiembre de 1999.

estableció la GRP y comenzaron a pagar por tal concepto, no percibían ningún beneficio directo en relación a la prestación de un servicio determinado. Por ello, dichas discrepancias conceptuales determinaron que algunos entendieran más la GRP como un tributo que como un cargo regulado⁸.

En todo caso, la GRP fue creada como un cargo a ser incluido en los recibos de electricidad de todos los peruanos⁹, para que éste sirviese para pagar una remuneración anual mínima garantizada al inversionista de la Red Principal que no había iniciado la construcción de ésta, hasta por un monto total y definitivo equivalente a los correspondientes ingresos que recibiría dicho inversionista, en el supuesto que la infraestructura respectiva estuviese construida de forma tal que determinada capacidad mínima de la misma pudiese encontrarse contratada por usuarios reales, y por tanto, fuese susceptible de ser pagada por éstos.

En tanto que Transportadora de Gas de Perú S.A. – TGP se adjudicó la concesión de la Red Principal, y, por tanto, pasó a ser el inversionista en relación a la construcción y operación de la infraestructura de transporte de gas natural y líquidos asociados, la GRP fue establecida en relación con su inversión en dicha infraestructura¹⁰.

De hecho, lo que se presupuso fue que, en la medida que avanzase la construcción de dicha

infraestructura y se fuesen verificando sucesivamente en el mercado más usuarios reales de capacidad de transporte de gas natural que contratasen ésta con TGP, la GRP cada vez disminuiría, hasta que, a partir de que llegase a cero, pudiese dejarse de cobrar la misma a todos los usuarios eléctricos del país¹¹.

Por ello, es que mediante la Tercera Disposición Complementaria de las “Condiciones Generales para la Asignación de Capacidad de Transporte de Gas Natural por Ductos”, Decreto Supremo N° 016-2004-EM¹², publicadas en el diario oficial “El Peruano” con fecha 10 de junio de 2004, entre otros aspectos, se prohibió que los usuarios del sistema de transporte que hubiesen contratado capacidad de transporte de gas natural con TGP, efectuasen a favor de terceros, cesiones temporales de derechos de dicha capacidad de transporte contratada¹³, mientras se encontrase vigente la GRP.

Ello, según fuentes del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería y del Ministerio de Energía y Minas, bajo la premisa de que, de existir un nuevo usuario interesado en adquirir capacidad de transporte de gas natural, éste debía adquirir la misma directamente de TGP y no de un contratante previo de dicha empresa, toda vez que: (i) la única manera de procurar la disminución más rápida de la GRP, era verificando cada vez más usuarios reales de capacidad de transporte

⁸ Sobre la naturaleza de las tarifas reguladas y principios de regulación tarifaria puede verse: Ariño, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Perú. Ara Editores. 2004. pp. 594-596, y López de Castro, Lucía. “Las tarifas eléctricas: el caso español” en “Precios y Tarifas en Sectores Regulados”. Ariño Ed. Granada. Editorial Comares. 2001. pp 2-4.

⁹ Específicamente, la GRP se estableció como un cargo regulado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, a ser incorporado anualmente en la tarifa de transmisión de energía eléctrica de todos los peruanos usuarios de energía eléctrica, en particular, dentro del rubro correspondiente al Peaje por Conexión al Sistema Principal de Transmisión –SPT (pago por transmisión), que forma a su vez parte conformante del recibo de electricidad que llega al hogar de cada ciudadano contratante de electricidad en el Perú, y el que también incluye los correspondientes cargos por generación y distribución de energía eléctrica, respectivamente.

¹⁰ Cabe señalar que si bien TGP, en función de haberse adjudicado la concesión de la Red Principal, también se adjudicó la concesión para la distribución de gas natural en Lima, posteriormente transfirió ello a Gas Natural de Lima y Callao S.A. – Cálida, de tal manera que fue este último inversionista a favor del cual se estableció la GRP en asociación a la infraestructura de distribución respectiva.

¹¹ Es de precisarse que, de conformidad con la normativa aplicable, la GRP se extinguiría, si a partir del quinto año de la operación de la Red Principal: (i) la GRP fuese cero por tres años consecutivos; o (ii) la GRP fuese cero por tres años, en un periodo de cinco años consecutivos.

¹² Posteriormente dicha prohibición fue replicada en el artículo 87° del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, Decreto Supremo N° 081-2007-EM, publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 22 de noviembre de 2007.

¹³ Cabe señalar que, si bien la referida disposición normativa al hacer alusión a la aludida prohibición utilizó el término “transferencias de capacidad de transporte de gas natural” y no “cesiones temporales de derechos de capacidad de transporte de gas natural”, a la luz de lo dispuesto sobre el particular en sendos contratos de capacidad de transporte suscritos y normas posteriores relativas a capacidad de transporte de gas natural; es claro advertir que cuando en el mercado de capacidad de transporte de gas natural se hace alusión a “transferencias de capacidad de transporte de gas natural” se hace alusión a “cesiones temporales de derechos de capacidad de transporte de gas natural”.

De hecho, entre las normas posteriores relativas a capacidad de transporte de gas natural antes referidas, se encuentran el Decreto Legislativo N° 1041 publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 26 de junio de 2008, el Decreto Supremo N° 041-2008-EM publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 13 de agosto de 2008, y el Decreto Supremo N° 046-2010-EM publicado en el diario oficial “El Peruano” con fecha 5 de agosto de 2010, cuyo objetos y alcances se explican más adelante.

de gas natural y contratantes de ésta directamente frente a TGP (sin intermediación de por medio); y (ii) el hecho de permitir a un usuario de capacidad de transporte de gas natural y contratante previo de TGP, ceder temporalmente toda o parte de dicha capacidad de transporte de gas natural a un tercero, limitaría que dicho tercero coadyuvase con su requerimiento y contratación de capacidad de transporte de gas natural directamente frente a TGP (sin intermediación de por medio), a procurar la disminución más rápida de la GRP.

Como quiera que sea, con dicha medida el derecho constitucional a la libertad de contratar de los usuarios previos de capacidad de transporte de TGP fue vulnerado, lo cual podría haber sustentado con validez alguna acción constitucional en relación a dicha norma.

Esto, tomando en consideración: (i) el rango de la referida norma con la que se restringe un derecho constitucionalmente protegido: un Decreto Supremo; y (ii) el objeto de la misma: que es que TGP pudiese construir y poner en operación la infraestructura de transporte comprometida en el plazo acordado con el Estado peruano, y que no habría tenido a ningún Servicio Público como finalidad constitucionalmente protegida en calidad de soporte para ponderar ello adecuadamente con el derecho constitucional a la libertad de contratar vulnerado¹⁴, máxime si el transporte de gas natural no es un servicio público.

Con respecto a este último comentario, debe precisarse que: (i) de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional preponderante, solo será Servicio Público en un país un servicio determinado que sea declarado como tal por Ley; y (ii) no existe

ninguna Ley en el Perú que haya declarado el servicio de capacidad de transporte de gas natural como un Servicio Público¹⁵.

No debe confundirse el hecho de que una actividad determinada tenga las características necesarias para su declaración como Servicio Público (tales como que, exista una obligación del Estado de procurar o regular su realización, y se trate de una actividad indispensable para la vida en sociedad, y que debe ser realizada de manera continua, uniforme, regular y con alcance general), con el hecho de que dicha actividad tenga la calidad de Servicio Público¹⁶.

Tampoco debe confundirse el hecho de que una actividad relativa a un mercado determinada esté regulada con el hecho de verificar que dicha actividad constituye un Servicio Público. En estricto, la presencia de regulación responde a la existencia de fallas de mercado, como lo es, por ejemplo, un monopolio natural.

En ese sentido, la regulación en el servicio de transporte de gas natural no encuentra fundamento en su inexistente (cuando menos hasta la fecha) calidad de Servicio Público, sino en la estructura de monopolio natural del mercado en el que se desarrolla la misma.

Caso muy distinto es el servicio de distribución de gas natural, el que fue calificado como servicio público por la Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, Ley N° 26221, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 20 de agosto de 1993, y que fuese compilada mediante Decreto Supremo N° 042-2005-EM, publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 14 de octubre de 2005.

¹⁴ Debe recordarse que ante la confrontación de dos derechos constitucionalmente protegidos y la situación de tener que hacer una elección para privilegiar en una situación particular uno de ellos mediante una decisión normativa o jurisdiccional, la doctrina nacional e internacional preponderante y la jurisprudencia constitucional peruana, ya han otorgado la herramienta de análisis respectiva. Esta herramienta está constituida por el test de proporcionalidad, el mismo que implica analizar a tres niveles la constitucionalidad de una medida adoptada. Dichos niveles implican: (i) analizar la idoneidad de la medida; (ii) analizar la necesidad de la medida; y (iii) analizar la proporcionalidad *strictu sensu* de la medida.

En primer lugar, el análisis de la idoneidad de la medida pasa por evaluar si la injerencia de algún derecho fundamental es apta o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, lo que supone la legitimidad constitucional del objetivo y la suficiencia de la medida utilizada. En segundo lugar, el análisis de la necesidad de la medida supone que no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto, y que sea más benigno con el derecho afectado. Y en tercer lugar, el análisis de proporcionalidad *strictu sensu* pasa por analizar el grado de realización del objetivo de intervención, el mismo que debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

¹⁵ Sobre el particular, el reconocido jurista Gaspar Ariño Ortiz, en la página 552 de su obra "Principios de Derechos Público", citando a Rousseau, señala que: "(...) el concepto de servicio público evidentemente no es un concepto jurídico, es un concepto político (...)".

¹⁶ En este punto, es oportuno señalar que, el hecho que la Ley de Promoción del Desarrollo de la Industria del Gas Natural, Ley N° 27133, haya declarado de interés nacional y necesidad pública, el fomento y desarrollo de la industria de gas natural (que comprende, entre otros, el transporte de gas natural), y que el Decreto de Urgencia N° 022-99 haya declarado de necesidad e interés nacional el desarrollo del proyecto Camisea (que comprende, entre otros, el transporte de gas natural); no abona en lo absoluto en la tesis de que el transporte de gas natural es un servicio público en el Perú, por las razones antes comentadas.

Sin perjuicio de ello, volviendo al tema de si el objeto de la prohibición contenida en el Decreto Supremo N° 016-2004-EM habría tenido o no alguna finalidad constitucionalmente protegida en calidad de soporte para ponderar ésta adecuadamente con el derecho constitucional a la libertad de contratar vulnerado, a efecto de determinar si su dación fue constitucionalmente válida o no; cabe señalar que, en la medida que de acuerdo con nuestra Constitución Política constituye deber/poder del Estado peruano actuar en las áreas de infraestructura (en la que se incluye a la de transporte de gas natural)¹⁷, podría alegarse que fue aquella la finalidad constitucionalmente protegida que debió haberse ponderado con el derecho a la libertad de contratar.

De otro lado, cabe mencionar que también con dicha norma se fue en contra de los principios que inspiran a la regulación que recae sobre el mercado de transporte de gas natural, y que más que suponer restricciones en relación al actuar de los usuarios de capacidad de transporte de gas natural, debe suponer restricciones al actuar del transportista, precisamente habida cuenta de su posición de dominio en el mercado, como consecuencia del monopolio natural del que goza en éste.

Basta atender a la regulación general contenida en las normas relativas al mercado de transporte de gas natural para percatarse que ello es así. Para tal efecto, pueden revisarse las disposiciones del propio Decreto de Supremo N° 016-2004-EM (distintas a la que contiene la prohibición comentada), las que por ejemplo, establecen reglas de regulación de acceso para que el transportista, habida cuenta de su calidad de monopolio natural y su consecuente amplio poder de mercado, no pueda discriminar y excluir indebidamente a determinados usuarios que requieran de capacidad de transporte de gas natural y quieran contratar ésta con el mismo.

En línea con lo antes señalado, resulta oportuno y pertinente precisar que las reglas de regulación de acceso antes comentadas, no tienen de ninguna manera como fundamento el hecho de que el transportista administra infraestructura de

uso público que tiene capacidad real limitada (y que ha sido asignada a éste por el Estado), tal como ha sido sugerido por Astorga Philippon en la página 5 de otro documento publicado por esta misma revista, titulado "Transporte y Comercialización de Gas Natural en el Perú". Creemos que una apreciación como aquella puede derivarse de un análisis que ha omitido considerar aspectos básicos de la teoría regulatoria.

En todo caso, debe recordarse que: (i) en mercados de infraestructuras de redes que tienen características de monopolio natural, la regulación, a través de la intervención normativa del Estado (como de la que forman parte las reglas de regulación de acceso), está orientada o debe orientarse a simular competencia, protegiendo a los consumidores del abuso del poder de mercado por parte del monopolio natural respectivo, mediante la imposición de restricciones a su accionar y que atenten contra estos últimos; y (ii) dentro de un modelo económico de libre mercado, como es claramente el adoptado en el Perú a la luz del artículo 59° de su Constitución Política (con su aspecto social también), lo que se propicia o debe propiciarse es el libre accionar de las personas (como lo son los usuarios de capacidad de transporte de gas natural), toda vez que ello es lo que conduce a la mejor asignación de los recursos y a la consecuente creación de mayor desarrollo económico y bienestar social.

Lo anterior, máxime si, desde una perspectiva basada en la teoría económica, cada persona sabe qué es lo que más le conviene, y por tanto, es fundamental salvaguardar la libertad de la que pueda gozar para tomar sus propias decisiones, sin restricciones ni condicionamientos con respecto a los derechos de los que es titular (en tanto ello no atente contra los derechos de terceros), dado que el ejercicio de dicha libertad conducirá a la transacción más eficiente para dicha persona y su contraparte contratante (quien también ha elegido contratar libremente), y el mercado en general¹⁸.

En ese contexto, es de advertir que, en un mercado de capacidad de transporte de gas natural en el

¹⁷ Constitución Política del Perú

"Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado (...) actúa principalmente en las áreas de (...) infraestructura (...)."

¹⁸ Cabe recordar que, tal como señala Richard Posner, el reconocimiento de la autonomía privada permite el buen funcionamiento del mercado, dado que los recursos tienden a dirigirse a sus usos más valiosos. En: POSNER, Richard. "El Análisis Económico del Derecho". Fondo de Cultura Económica. p. 28.

que existen sujetos de derecho, excedentarios y deficitarios de dicha capacidad¹⁹, lo ideal desde una perspectiva económica es que no exista ninguna restricción ni cuestionamiento alguno para que los excedentarios y deficitarios se reasignen libremente la referida capacidad.

En todo caso, cabe señalar que mediante el Decreto Supremo N° 046-2010-EM, publicado en diario oficial "El Peruano" con fecha 5 de agosto de 2010, se promulgó el Reglamento del Mercado Secundario, y con ello, se derogó expresamente tanto el Decreto Supremo N° 016-2004-EM así como el Decreto Supremo N° 081-2007-EM, desapareciendo así del ámbito jurídico nacional la prohibición de los usuarios de ceder temporalmente sus derechos de capacidad de transporte de gas natural a favor de terceros²⁰.

De hecho, de la exposición de motivos, parte considerativa y parte resolutive del referido dispositivo legal, quedaron muy claros dos temas que se han mencionado con antelación en el presente documento.

En primer lugar, que efectivamente cuando en el mercado de capacidad de transporte de gas natural se hace alusión a "transferencias de capacidad de transporte de gas natural", no se hace otra cosa

más que hacer alusión a "cesiones temporales de derechos de capacidad de transporte de gas natural".

Para corroborar ello, basta revisar dichos documentos, y advertir que, éstos, al tiempo que levantan la prohibición de transferencias de capacidad de transporte de gas natural que eran materia del Decreto Supremo N° 016-2004-EM y el Decreto Supremo N° 081-2007-EM, regulan, en su remplazo, las cesiones temporales, totales o parciales, de capacidad de transporte de gas natural.

Y en segundo lugar, que es necesario no restringir más la libertad de los usuarios previos del transportista que tienen contratada con éste capacidad de transporte de gas natural, para que los mismos puedan ceder temporalmente a favor de terceros, ya sea de manera total o parcial, la referida capacidad, tomando en cuenta la existencia de usuarios excedentarios y usuarios deficitarios de capacidad de transporte de gas natural, y evidentemente, de la eficiencia económica que la reasignación de dicha capacidad comporta.

Adicionalmente, queda claro también que la razón de la promulgación del Decreto Supremo N° 046-2010-EM nada tuvo que ver con la extinción de la

Asimismo, merece la pena recordar que, desde una perspectiva kantiana se entiende que cada persona se encuentra en mejor posición para determinar qué es lo que más le conviene, de qué forma asigna sus recursos a sus usos más valiosos, y cómo maximiza su utilidad; por lo cual, se justifica perfectamente dejar a cada persona la libertad de tomar su propias decisiones, sin intervención de ningún tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que, si bien son varios los criterios de eficiencia que la teoría económica ha desarrollado, los más válidos a nuestro entender son el criterio de eficiencia de Pareto y el criterio de eficiencia de Kaldor y Hicks.

Desde la perspectiva parefiana, se dice que las transacciones y asignaciones de recursos son eficientes, cuando implican el traslado de recursos a sus usos más valiosos, sin desperdicios, llegando a consolidar escenarios en los cuales ya no es posible la mejora de una persona sin que otra empeore, independientemente de la consideración del concepto de justicia.

Y de otro lado, desde la perspectiva de Kaldor y Hicks se dice que las transacciones y asignaciones de recursos son eficientes, en la medida que el resultado del traslado de recursos finalmente implique un resultado numérico positivo en términos de beneficio social, no obstante sobre cuál de los agentes involucrado en la transacción recaiga mayor o menor beneficio. Esto último, en tanto que desde la perspectiva de Kaldor y Hicks la eficiencia es medida independientemente sobre qué agente recaiga de forma más favorable la reasignación de los recursos.

¹⁹ Son sujetos excedentarios de capacidad aquellos sujetos que tienen contratada directamente con el transportista más capacidad de la que requieren utilizar en un momento determinado, y son sujetos deficitarios de capacidad aquellos sujetos que no tienen contratada directamente con el transportista tanta capacidad como la que requieren en un momento determinado. De hecho, en nuestro mercado la presencia de sujetos deficitarios de capacidad se ha verificado como consecuencia de la imposibilidad de dichos sujetos de adquirir la capacidad de transporte que exactamente requieren directamente del transportista. Ello, debido, principalmente, a la insuficiencia de la infraestructura de transporte de gas natural del transportista existente, y al retraso públicamente conocido asociado a las ampliaciones de ésta acordadas entre el referido transportista y el Estado peruano.

²⁰ Debe mencionarse que, con antelación a dicha norma, y tomando en cuenta la prohibición impuesta por el Decreto Supremo N° 016-2004-EM, ya había existido una permisión para que los usuarios excedentarios de capacidad de transporte de gas natural cediesen, ya sea manera total o parcia, de forma temporal, dicha capacidad a favor de terceros deficitarios de la misma. Sin embargo dicha permisión solo fue provisional, en tanto que se dispuso que la misma solo sería posible durante el periodo de congestión que fuese declarado por el Ministerio de Energía y Minas. Las normas de permisión provisional antes aludidas son el Decreto Legislativo N° 1041 publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 26 de junio de 2008, y el Decreto Supremo N° 041-2008-EM publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 13 de agosto de 2008.

Asimismo, las normas que declararon la congestión fueron la Resolución Ministerial N° 358-2008-MEM/DM publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 2 de agosto de 2012 y la Resolución Ministerial N° 430-2009-MEM-DM publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 1 de octubre de 2009. La situación de congestión fue declarada, primero, hasta el 30 de septiembre de 2009, y luego, hasta el 31 de diciembre de 2009.

GRP, dado que hasta la emisión de dicha norma no se había declarado ello, tal como se señala en la Exposición de Motivos de la misma.

No obstante lo anterior, ni dicha norma ni sus sucesivas normas modificatorias constituidas por el Decreto Supremo N° 022-2011-EM publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 5 de mayo de 2011 y el Decreto Supremo N° 029-2012 publicado en el diario oficial "El Peruano" con fecha 4 de agosto de 2012, constituyen de forma alguna la regulación integral, estructurada y definitiva que se plantease originalmente que sería promulgada dentro del año de publicado el Decreto Supremo N° 046-2010-EM, y que supondría la puesta en operación del Mercado Electrónico de las Subastas de Transferencias de Transporte a Firme de Gas Natural (y también Suministro) al que hizo referencia el mismo.

El Decreto Supremo N° 022-2011-EM y el Decreto Supremo N° 029-2012-EM lo que han hecho es prorrogar sucesivamente, esta vez hasta agosto del año 2014, la posibilidad de los usuarios excedentarios de capacidad de transporte de gas natural de transferir o ceder temporalmente, de forma total o parcial, sus derechos de capacidad de transporte de gas natural derivados de su relación contractual con el transportista a favor de usuarios deficitarios de capacidad de transporte de gas natural, a través de contratos bilaterales, que fue regulada primigeniamente en la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 046-2010-EM.

Sin perjuicio que no dejamos de reconocer que es mejor tener una regulación como la que se tiene hoy a la luz de la actual verificación de usuarios excedentarios y deficitarios de capacidad de transporte de gas natural, y la imposibilidad de dichos usuarios deficitarios de capacidad de transporte de gas natural de contratar ésta directamente (sin intermediación de por medio) con TGP, vía concurso²¹; no existen razones conocidas por las cuales el Ministerio de Energía y Minas hasta la fecha, es decir, habiendo transcurrido más de dos años a partir de la promulgación del Decreto Supremo N° 046-2010-EM, no ha procurado la promulgación de la regulación integral, estructurada y definitiva antes comentada, si es que considera necesario que las operaciones de transferencia de capacidad de transporte sean reguladas.

Sin embargo, si no existe voluntad para promulgar ésta, y si se prefiere que el tema se maneje vía contratos bilaterales, consideramos que no se debe poner restricciones ni condicionamientos a la suscripción de éstos, como lo es, por ejemplo, de un lado, el hecho de que la posibilidad de realizar dichos contratos esté sujeta al plazo de vigencia que para los mismos contengan las normas modificatorias del Decreto Supremo N° 046-2010-EM, y de otro lado, el hecho de que la actual regulación señale que dicho mecanismo de contratación bilateral solo funcionará hasta que se regule el Mercado Electrónico de las Subastas de Transferencias de Transporte a Firme de Gas Natural (y también Suministro). Ello, toda vez que lo natural y económicamente eficiente es la libertad y no la restricción ni el condicionamiento.

²¹ Ello, habida cuenta de la congestión en relación con la infraestructura de transporte de gas natural de TGP, y el retraso públicamente conocido asociado a las ampliaciones de ésta acordadas originalmente entre TGP y el Estado peruano.