

# Cláusulas de destino y otras formas de restringir la competencia en el mercado de gas natural<sup>(\*)</sup>

Luigi Rossini Loza<sup>(\*\*)</sup>

*El presente artículo analiza la restricciones de competencia generadas en el ámbito del suministro de gas natural, ya sea por la existencia de un único productor con posición dominante en el mercado y sus cláusulas de destino plasmadas en sus contratos, restringiendo una asignación eficiente del gas o el desarrollo de mecanismos alternativos de suministro, tal como la posibilidad de extender el Mercado Secundario de Gas Natural.*

## I. Introducción:

Existen dos pilares que sustentan la apertura de competencia en una industria de red: i) la separación de actividades o desintegración vertical (“*unbundling*”); y ii) el acceso a terceros u *open Access*.

Con la primera medida, separación de actividades, se trata de evitar que “*las empresas integradas verticalmente que actúan en el sector, en ausencia de un régimen jurídico que imponga una cierta separación entre actividades-, por un lado, a trasvasar recursos provenientes de las actividades reguladas para ganar mayor cuota en el mercado liberalizado (este es el fenómeno de las subvenciones cruzadas), de forma que los pequeños consumidores podrían estar financiando a los grandes consumidores, y, por otro lado, a dar acceso preferencial a las redes de transporte y distribución a las empresas integradas en el propio grupo, provocando, todo ello, distorsiones en la competencia*”<sup>1</sup>

---

(\*) Este paper fue realizado en base al Trabajo de Fin de Máster para la obtención del Título de máster en derecho de sectores regulados por la Universidad Carlos Tercero de Madrid.

(\*\*) Abogado egresado de la Universidad de Lima. Máster en derecho de los sectores regulados por la Universidad Carlos Tercero de Madrid. Asociado en Santivañez Abogados.

1 Del Guayo, Iñigo. “Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del gas natural” Publicación – separata N° 28 de Cuadernos de Energía, Club Español de la Energía, 2010, p.9.

Asimismo, el separar las actividades genera una correcta inversión en cada actividad, garantizando la seguridad de suministro *“siendo esto así, la separación entre el negocio de red –regulado-, y el negocio de suministro –liberalizado-, parece, en principio, un instrumento adecuado para que los intereses de las actividades liberalizadas no entren en conflicto con los propios de las actividades reguladas y, por tanto, para que las decisiones de inversión de las empresas que llevan a cabo las segundas, no estén indebidamente mediatizadas por las primeras”*<sup>2</sup>

Esas medidas pueden llegar a ser entendidas como elementos básicos para poder garantizar una competencia adecuada entre los diversos operadores del mercado a fin del beneficio del consumidor final. Pero, ¿Qué pasa cuando, a pesar de esa estructura regulatoria, existe un solo productor con poder de mercado que busca imponer sus condiciones comerciales y genera una asignación ineficiente en el mercado de gas natural? Una posible respuesta sería que un marco de regulación de competencia adecuado mitigaría esas posibles restricciones verticales generando eficiencia al mercado.

Pues bien, esa evaluación tiene puntos iniciales distintos en Perú, ya que a diferencia de la normativa de competencia que rige en la Unión Europea, en donde algunas restricciones verticales son consideradas ilícitas por su objeto (esto es, sin necesidad de verificar sus concretos efectos), los acuerdos verticales se entienden como casos de prohibición relativa en donde para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Conforme lo anterior, en las siguientes líneas se analizará los tipos de cláusulas contractuales que afectan a la competencia en acuerdos verticales, básicamente en los contratos de suministro de gas natural, analizando cual es el efecto negativo generado en el mercado por medio de la ineficiencia en la asignación de gas natural.

---

2 Del Guayo, Iñigo. op.cit. p.10

## II. Tipos de cláusulas restrictivas de competencia en contratos de suministro de gas natural

Para el desarrollo de este punto permítaseme remitirme a un trabajo realizado con anterioridad<sup>3</sup> en donde se detalla los tipos de cláusulas usadas para restringir la competencia.

### II.1 Cláusulas de Destino

Este tipo de cláusula restringe la libertad de una parte a disponer el gas natural en relación a sus propios intereses económicos. Existe desarrollo jurisprudencial en la Unión Europea sobre este tipo de cláusulas. A mayor abundamiento, el caso en mención trata entre Gaz de France (“GDF”) y SNAM<sup>4</sup>, quienes habían suscrito un contrato de transporte de gas natural, propiedad de SNAM, proveniente de Noruega, debiendo GDF poner a disposición el gas natural en los puntos de entrega acordados y además poner a disposición cantidades de gas que contengan la misma cantidad de energía en el punto de entrega de Oltingue (punto de entrega donde SNAM tomaba el gas natural en el contrato de suministro).

La cláusula de destino identificada, precisaba lo siguiente: *“El objeto del presente contrato de tránsito es el transporte efectuado por GDF desde el punto de consignación hasta el punto de entrega de las cantidades de gas natural adquiridas por SNAM en virtud del Contrato de Compra **y destinado a ser comercializado aguas abajo del punto de entrega.**”*<sup>5</sup>

La Comisión Europea dictaminó sobre ese caso indicando que el término “y destinado a ser comercializado aguas abajo del punto de entrega” impone una restricción a la comercialización, posibilitándolo únicamente aguas abajo del punto de entrega. De igual forma, tiene por objeto compartimentar el mercado

---

3 Rossini Loza, Luigi. “Restricciones verticales en contratos de suministro de gas natural - Análisis casuístico del mercado europeo y aplicabilidad al mercado Peruano” Actualidad Jurídica, Tomo N° 273, 2016.

4 Caso COMP/38662. SNAM es una empresa italiana, controlada por ENI, activa en el campo del suministro, transporte, distribución y venta del gas natural.

5 Traducción libre de la cláusula *“L’objet du présent Contrat de Transit est le transit effectué par GDF depuis les Points de Livraison jusqu’au Point de Relivraison des quantités de Gaz Naturel achetées par SNAM au titre du Contrat d’Achat et destinées à être commercialisées en aval du Point de Relivraison,”*

europeo e impide que los consumidores de gas natural establecidos en Francia puedan abastecerse de SNAM, aislando al mercado Francés lo cual no permite un mercado de gas natural integrado.

## **II.2 Cláusulas de reparto de beneficios o “profit sharing mechanism”**

Las cláusulas de reparto de beneficios *“obligan al comprador a compartir una cierta parte de la ganancia con el suministrador o producto, siempre que el gas sea revendido por el comprador a un cliente fuera el territorio acordado o a un otro cliente quien usará el gas para otro propósito que no sea el pactado. Por lo general los contratos prevén una división de 50/50 de las ganancias adicionales, sin embargo no ha quedado tan acreditado cómo se calculan estos beneficios “adicionales”*”.

Es decir, estas cláusulas buscan tener el mismo efecto restrictivo como las cláusulas de destino, creando un incentivo para que el adquiriente de gas natural destine la energía dentro de su territorio a fin de evitar pagos de beneficios al suministrador.

De esa forma, el suministrador mantiene igual su poder de mercado, incentivando el uso con restricción territorial o en todo caso obteniendo mayores ingresos en caso se realice una venta a través de un mercado secundario.

## **II.3 Negativas a modificar puntos de entrega**

Este tipo de cláusulas implica incluir restricciones a la reventa de los contratos de suministro a través de la negativa de modificar los puntos de entrega, restringiendo la posibilidad del comprador de ampliar su mercado.

## **II.4 Restricciones de Uso**

Este tipo de cláusulas limita la posibilidad respecto al uso del gas natural, normalmente se establece un parámetro de uso en el contrato ligado casi siempre a la actividad del usuario, ya sea por el tipo de industria o concesión de distribución. Si bien tiene lógica precisar eso, lo cierto es que encubre la posibilidad de que los excedentes de gas natural puedan ser transferidos mediante un mercado spot a usuarios que se encuentren en déficit de gas natural.

En Perú, el modelo de cláusula usado por los productores del lote 88, suele establecer lo siguiente: *“El gas únicamente podrá ser utilizado por el Cliente para consumo en la Planta. El Cliente no podrá vender, transferir o realizar actos que impliquen el aprovechamiento directo del Gas en beneficio de terceros”*.

## **II.5 Notas de crédito usas como criterio de “make up”**

El *make up* es entendido como la posibilidad de recuperación del gas pagado y no consumido dentro de un determinado periodo. Considerando que los contratos de suministro de gas natural usan cláusulas *take or pay* en correlación a un porcentaje sobre la cantidad diaria contractual, existen situaciones en que los consumidores no pueden llegar a esa demanda fija, ya sea por consumos estacionales, descenso en la producción, una incorrecta estimación de la demanda, entre otros.

Surge entonces, como posibilidad de recuperar el gas pagado y no consumido, el *make up*. El Productor, a través de dicha cláusula, otorga al usuario recuperar dentro de un determinado periodo las cantidades diferidas en el orden cronológico sobre cómo se produjeron.

No obstante lo anterior, existen métodos alternos de recuperación de las cantidades diferidas que no otorgan el gas natural de manera física, imposibilitando que el usuario pueda disponer de terceros de ese diferencial. Las cláusulas que otorgan una nota de crédito como criterio de compensación, eliminando la posibilidad que el cliente pueda disponer de gas de manera física.

El tipo de cláusula precisa que el cliente tendrá derecho a solicitar una nota de crédito, en cualquier Mes Contractual dentro del Periodo de recuperación, por un valor que no deberá superar un menor valor entre: (i) 10% del monto total facturado por el Gas consumido en el mes para el cual se está solicitando la nota de crédito o (ii) el saldo de Pago Take or Pay del mes correspondiente, que está pendiente de recuperarlo.

## **III. Caso Gazprom – Comisión Europea**

Como ejemplificación de los tipos de cláusulas restrictivas de competencia en contratos de suministro de gas natural, es pertinente hacer mención al caso

de Gazprom, el cual aún no se encuentra resuelto por parte de la Comisión y como antecedentes al mismo se cuenta con lo siguiente:

1. El 27 de noviembre del 2011 la Comisión Europea confirmó que llevaron a cabo inspecciones, sin previo aviso, en los locales de las empresas activas en el suministro, transporte y almacenamiento de gas natural en varios Estados miembros de la Unión Europea. La Comisión indicó que estaba buscando posibles prácticas anticompetitivas en el suministro de gas natural en Europa Central y del Este.

La investigación se centró en el nivel de abastecimiento o *upstream*, en donde, de manera unilateral o a través de acuerdos, la competencia pudo verse obstaculizada o retrasada. La Comisión sospechaba comportamientos de exclusión, tales como la partición del mercado, obstáculos para el acceso a la red, barreras para el suministro de la diversificación, así como el posible comportamiento de prácticas explotativas, tales como fijación de precios excesivos.

La Comisión inició esa investigación con motivo que los consumidores de toda la Unión Europea disfruten de los beneficios de un mercado europeo de la energía único, integrado y competitivo que aumente la seguridad del suministro de energía a precios asequibles. Esto significa, tal como precisó la Comisión, garantizar la diversificación de las fuentes de suministro y el flujo libre de gas una vez que ha entrado en la UE. Asimismo, considerando que la legislación energética de la UE sirve para eliminar las barreras comunes a un mercado energético abierto, las normas de competencia sirven para garantizar que los agentes privados no reemplazan estos obstáculos mediante una conducta anticompetitiva.<sup>6</sup>

2. El 4 de noviembre del 2012 la Comisión Europea indicó que había iniciado procedimientos formales para investigar si Gazprom, productor ruso y proveedor de gas natural, podría dificultar la competencia en los mercados de Europa Central y del Este, en violación de las normas de competencia de la Unión Europea.

---

6 Información obtenida de [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-11-641\\_en.htm?locale=fr#content](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-641_en.htm?locale=fr#content)

La Comisión manifestó que estaba investigando tres probables prácticas contrarias a la competencia en Europa central y oriental. En primer lugar, Gazprom podría haber dividido los mercados de gas al obstaculizar el libre flujo de gas a través de los Estados miembros. En segundo lugar, Gazprom pudo haber impedido la diversificación del suministro de gas. Por último, Gazprom podría haber impuesto precios excesivos a sus clientes al vincular el precio del gas a los precios del petróleo, perjudicando a los consumidores al restringir la competencia y estableciendo precios más altos.<sup>7</sup>

3. El 23 de abril del 2015 la Comisión Europea envió un pliego de cargos a Gazprom en donde se alega que algunas de sus prácticas comerciales en los mercados de gas de Europa Central y del Este constituyen un abuso de su posición dominante en el mercado en violación de las normas de competencia de la Unión Europea.

Sobre la base de su investigación, la opinión preliminar de la Comisión es que Gazprom está afectando las reglas competencia de la Unión Europea mediante la aplicación de una estrategia global para compartimentar los mercados de gas de Europa Central y del Este, como por ejemplo mediante la reducción de la capacidad de sus clientes a revender el gas a otros territorios. La Comisión indica que este hecho puede haber permitido a Gazprom cobrar precios abusivos en determinados Estados miembros.

En específico la Comisión indicó que Gazprom, proveedor de gas dominante en una serie de países de Europa Central y del Este, obstaculizó la competencia en los mercados de suministro de gas en ocho Estados miembros (Bulgaria, la República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovaquia). La Comisión consideró que Gazprom implementó una estrategia abusiva general en estos mercados de suministro de gas, en particular:

- Gazprom impone restricciones territoriales en sus acuerdos de suministro con los mayoristas y con algunos clientes industriales de los países mencionados. Estas restricciones incluyen la prohibición de exportación y exigen que el gas comprado sea utilizado en un territorio determinado (cláusulas de destino). Gazprom también

---

<sup>7</sup> Información obtenida de [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-937\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-937_en.htm?locale=en)

ha utilizado otras medidas para impedir el flujo transfronterizo de gas, tales como obligar a los mayoristas a fin de obtener el acuerdo de Gazprom, la posibilidad que este último, en determinadas circunstancias, pueda negarse a la solicitud de cambio ubicación en donde el gas debe ser entregado.

- Estas restricciones territoriales pueden resultar en mayores precios del gas y permitir que Gazprom ejerza una política de precios excesivos en cinco Estados miembros (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia), cobrando precios a los mayoristas que son significativamente más altos en comparación con los costos de Gazprom o de los precios de referencia. Estos precios excesivos resultarían de las fórmulas de precios aplicadas por Gazprom, en donde se vincula el precio del gas al precio de determinados productos petrolíferos.
- Gazprom puede estar aprovechando su posición de dominio en el mercado haciendo que el suministro de gas a Bulgaria y Polonia se condicione a la obtención de contratos de transporte de gas natural. Por ejemplo, el suministro de gas dependía de las inversiones en infraestructura en redes promovido por Gazprom o aceptando que Gazprom refuerce su control sobre la infraestructura.<sup>8</sup>

Curiosamente las conclusiones provisionales de la Comisión fueron que estas prácticas constituyen un abuso de posición de dominio en el mercado, actividad prohibida por el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). No se indicó una vulneración al artículo 101 del TFUE al configurarse un acuerdo para vulnerar la competencia a razón de los acuerdos impuestos en las cláusulas de destino, en donde como se ha previsto en anteriores casos, la práctica restrictiva de la competencia le atañe a las partes que configuran el acuerdo contrario al derecho de competencia del mercado interior.

Al 22 de abril del 2015 la Comisión envió el Pliego de Cargos a Gazprom reafirmando que alguna de sus prácticas comerciales en el suministro de gas en Europa Central y del Este configura un abuso de posición de dominio.<sup>9</sup>

---

8 Información obtenida de: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4828\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm)

9 Información obtenida de: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-4829\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4829_en.htm)

En relación a los tres principales aspectos de prácticas anticompetitivas, las cuales son: a) Restricciones territoriales a la venta de gas; b) Política de precios excesivos y; c) condicionamiento a infraestructura de transporte.

Respecto al primer punto, se precisa que Gazprom impuso en ocho países de la Unión Europea (Bulgaria, la República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y Eslovaquia) una serie de restricciones territoriales, tales como cláusulas explícitas de prohibición de exportación del gas; cláusulas de destino que estipulan que el adquiriente debe usar el gas comprado en su propio país o solamente puede venderlo a ciertos clientes en su país; otras medidas para impedir el tránsito del gas a otros territorios, tal como requerir a los adquirientes obtener la aprobación de Gazprom para exportar o la negativa del cambio de ubicación del punto de recepción del gas.

Esta medida de restricción tiene como resultado que esos países no tengan acceso a importar gas a precios más competitivos. Asimismo, ésta práctica incide en la partición del mercado, restringiendo el gas a zonas con mayor demanda y en donde los precios son comercialmente más atractivos. Finalmente, se impide a los mayoristas o adquirientes de gas competir con Gazprom, apoyando a la segmentación del mercado y a aumento de precios.

Como segundo punto, la Comisión se refiere a los precios que los clientes de Gazprom pagan por el gas. Estos precios juegan un papel importante en la determinación de los precios de gas cargado a los hogares y empresas, también pueden afectar a los bienes industriales en donde el precio de la energía es un factor importante para los costos de producción.

En general, Gazprom sujeta el precio del gas natural que vende a una serie de productos derivados del petróleo (llamado "*oil indexation*"). La Comisión está investigando si, y en qué medida, los niveles de precios en un país son excesivos y cómo la fórmula de precios impuesta por Gazprom ha contribuido a ese hecho. Cabe precisar que la Comisión no considera que la indexación de los precios, en sí mismo, configure una práctica ilegal, tampoco se opone al hecho que el precio de gas sea diferente en cada país a razón que las condiciones de competencia pueden variar en cada Estado.

Con el fin de evaluar si los precios en un país son excesivos, se compararon los precios de los Estados miembros con diferentes puntos de referencia, tales como los costos de Gazprom, precios en diferentes mercados geográficos o precios

de mercado. Sobre la base de este análisis, la Comisión llegó a la conclusión preliminar, en su pliego de cargos, que las fórmulas de precios aplicada por Gazprom contribuyó a la generación de precios excesivos, favoreciendo en gran medida al productor sobre sus clientes.

Como tercer punto, la Comisión teme que Gazprom haya aprovechado su posición de dominio en Bulgaria y Polonia condicionando el suministro de gas a la obtención de determinados contratos de infraestructura o infraestructura esencial.

En Bulgaria, la opinión preliminar de la Comisión es que Gazprom hizo condicional el suministro de gas a la inversión o participación de Bulgaria en un proyecto de infraestructura a de Gazprom (*“the South Stream pipeline Project”*).

En Polonia, la opinión preliminar de la Comisión es que Gazprom hizo condicional el suministro de gas al requisito de mantener el control de Gazprom sobre uno de los gasoductos de tránsito clave de Polonia (Yamal). Este gasoducto es una de las principales infraestructuras que podrían permitir a los proveedores de gas - que no sean Gazprom - entrar en el mercado polaco.

En la siguiente imagen se puede resumir las tres actividades de restricción de competencia:



Fuente: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-4829\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4829_en.htm)

Aún este caso no ha llegado a un acuerdo final, se sabe que Gazprom ha entregado una propuesta de acuerdo a la Comisión, la cual viene siendo objeto de evaluación.

Por los precedentes expuestos podría argumentar que Gazprom si estaría infringiendo la libre competencia en el mercado gasista, aunque no queda con claridad si únicamente se configuraría un abuso de posición afectando al artículo 102° del TFUE sino que también se estaría afectando al artículo 101° del TFUE al generarse un acuerdo para restringir la competencia en relación.

#### **IV. Caso peruano de restricción de competencia**

Es interesante poder destacar el caso peruano, el cual gira en torno al principal productor y suministrador de gas natural, el cual concentra la mayor cantidad de reservas probadas de gas natural.

Como tema introductorio, en Perú la cadena de la industria de gas natural se estructura bajo una desintegración vertical, existiendo la actividad de Producción, Transporte y Distribución (actualmente el Concesionario de distribución realiza la actividad de comercialización, a pesar que en algunas zonas ya podría generarse dicha actividad).

La actividad de Producción se desarrolla bajo libre competencia, existen tres zonas de producción de gas natural; el Noroeste, Aguaytia y Camisea. La última concentra las mayores reservas de gas natural y para su explotación el Inversionista debe suscribir un contrato de licencia adquiere la propiedad del hidrocarburo extraído.<sup>10</sup>

A grandes rasgos, la actividad de transporte es una actividad regulada al ser considerada un monopolio natural, la actividad está gestionada por entes

---

10 El Texto único de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Decreto Supremo N° 42-2005-EM, precisa en su artículo 10° que las modalidades de exploración y explotación de hidrocarburos son: a) Contrato de Licencia, donde el contratista obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar hidrocarburos en una determinada área. Aquí ocurre la transferencia de propiedad de hidrocarburo cuando es obtenida del subsuelo a cambio de una regalía y; b) Contrato de Servicio, mediante el cual se le otorga al Contratista el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de hidrocarburos, pero cuando este es extraído no hay una transferencia de propiedad, recibiendo el Contratista una retribución en función a los hidrocarburos producidos.

privados quienes para ejercer dicha labor obtienen una Concesión por parte del Estado (mediante esquema de Project finance BOOT<sup>11</sup>) y los ingresos se encuentran regulados mediante tarifa que reconozcan las inversiones y una tasa de rentabilidad.

La actividad de Distribución funciona en el mismo sentido, es una actividad regulada, otorgada mediante Concesión en donde los ingresos se encuentran regulados, buscando, tal como en el transporte, retribuir la inversión en relación a la demanda y otorgar una tasa de rentabilidad.

Pues bien, el cuestionamiento principal trata de entender el régimen de precios existentes para el suministro de gas natural, la normativa de desarrollo del mercado secundario y los modelos de contratos de suministro de gas natural que el productor mantiene con sus clientes.

En ese sentido, debe entenderse que en Perú existe, respecto al precio de boca de pozo del gas natural y bajo un esquema general, libertad para fijarlo; es decir, no se encuentra bajo un esquema regulado. Ahora bien, esa afirmación es relativamente cierta, como ejemplo, con el objetivo de incentivar el consumo de Gas Natural en lugares distintos a la capital (donde se había concentrado el consumo y fue el primer departamento con gas del país), otorgando beneficios promocionales a ciertos consumidores de estas Regiones, el Estado a través de PROINVERSIÓN suscribió el 20 de febrero del 2007 el “Contrato sobre el Precio de Gas Natural para las Regiones”.

Dicho acuerdo fue suscrito en el marco de la Ley N° 28849 de “Descentralización del Acceso de Gas Natural” cuyo objeto es el generar el mayor beneficio regional, a través del incentivo del consumo de gas natural y de las “ganancias en competitividad que podrán adquirir muchas industrias localizadas fuera de Lima”.

El principal aporte de dicho acuerdo fue convenir el precio a ser otorgado a las concesiones de distribución fuera de la capital<sup>12</sup>, precisando lo siguiente:

---

11 Built, own, operate and transfer.

12 Clausula Segunda: b) Concesiones: son todas las concesiones de distribución de gas natural, correspondientes a los departamentos de Ica, Ayacucho, Junín y Cusco.

### *Tercera: Compromiso de las Partes*

3.1 *PROINVERSION se compromete a promover el desarrollo de sistemas de distribución y transporte de gas natural por ductos al servicio de las regiones, en especial las áreas que comprendan las concesiones.*

3.2 *Los Productores se comprometen a suministrar el gas natural en el área que comprende las Concesiones, en las condiciones siguientes:*

a) *Precio realizado máximo*

*El precio realizado máximo en el punto de fiscalización de la Producción, al 1 de enero del 2007, será:*

- No mayor a USD 0.80 / MMBTU, para los clientes de los titulares de las concesiones que tengan la calificaciones de consumidores residenciales y Consumidores Eléctricos Menores.*
- No mayor a USD 1.00 / MMBTU, para los clientes de los titulares de las concesiones que tengan calificación de Otros Consumidores.*

Pues bien, quienes se beneficiaban con un el menor precio eran los consumidores residenciales, persona natural (física) o jurídica que adquiere Gas Natural en cantidad menor a 300 m<sup>3</sup>/mes, y a los consumidores eléctricos menores entendidos aquellas personas naturales o jurídicas que adquirirían gas natural para generar energía eléctrica y no se encontraban interconectados al sistema eléctrico nacional. Por otro lado, también existía una reducción de los precios para otros tipos de consumidores, la cual el acuerdo tenía un concepto excluyente al definir que serán “otros consumidores” aquellos que no sean consumidores residenciales, consumidor eléctrico o consumidor eléctrico menor.

Posteriormente, el señalado acuerdo fue modificado a través de las Adendas 1 y 2, de fechas 20 de febrero de 2007 y 8 de mayo de 2013, respectivamente. El cambio más significativo de la Adenda N° 1 es introducir el concepto de consumidor Independiente<sup>13</sup>, concepto ya recogido en el Reglamento de Distribución de Gas Natural por red de Ductos, Decreto Supremo N° 042-99-EM (Ahora Texto único ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2008-EM). La referencia al consumidor independiente era que el mismo no se veía beneficiado de los precios promocionales, tal como refiere la cláusula 3.4.

---

13 Consumidor que adquiere Gas Natural directamente del Productor, Comercializador o Concesionario, siempre que sea en un volumen mayor a los treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m<sup>3</sup>/día) y por un plazo contractual no menor a seis (6) meses. Art. 2.9 Decreto Supremo N° 040-2008-EM.

3.3 *El presente Contrato no se aplica a los consumidores eléctricos, al consumo de valor agregado, **ni a los consumidores independientes que opten por adquirir el gas natural directamente de los Productores.** En tales casos los Productores podrán aplicar el mismo marco y tratamiento que se considera para los consumidores localizados en el departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. (...) (Énfasis y subrayado agregado)*

Se desprende, ergo, que los beneficios del acuerdo si eran aplicables a los consumidores independientes que opten adquirir el gas de los Concesionarios de Distribución, como alternativa a fomentar el consumo en cada Concesión.

No obstante lo anterior, en la última Adenda suscrita, se modifica la Cláusula Tercera del mencionado Contrato, la cual dispone que los Consumidores Independientes, independientemente de con quien hayan optado contratar el suministro de gas natural, no se encuentren bajo su ámbito de aplicación, en tanto no le serían aplicables los beneficios establecidos en el mismo.

3.3 *El presente Contrato no se aplica a los consumidores eléctricos, al consumo de valor agregado ni a los consumidores independientes, **independientemente de con quien hayan optado contratar el suministro de Gas Natural.** En tales casos los Productores **aplicarán** el mismo marco y tratamiento a los consumidores localizados en el departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. (...) (Énfasis y subrayado agregado)*

La medida implementada inicialmente (beneficio del precio del gas para consumidores independientes que adquieran el gas del Concesionario de Distribución) solo llegó ser aplicable, de cierta forma, a la Concesión del departamento de Ica (cuyo concesionario es la empresa CONTUGAS S.A.C.)

Siguiendo con lo anterior, con fecha 26 de marzo de 2010, CONTUGAS suscribió el Contrato de Suministro de Gas Natural con PLUSPETROL<sup>14</sup>, anterior a la suscripción de la Adenda N° 2 comentada en el párrafo precedente. El Anexo II del Contrato de Suministro precisa que **“el precio del gas será**

---

14 Según el artículo 42° del Decreto Supremo N° 40-2008-EM (Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de gas natural por red de ductos) el concesionario está obligado a: c) *Tener contratos vigentes con Productores que le garanticen su requerimiento de Gas Natural por los siguientes veinticuatro (24) meses como mínimo. Tratándose de Concesiones otorgadas por Licitación o concurso público, esta obligación será exigible a partir de la Puesta en Operación Comercial.*

**el máximo que corresponda de aplicar los lineamientos establecidos en el contrato sobre el precio de gas natural para las regiones y su correspondiente modificación por su primer addendum**, ambos suscritos por los productores y Proinversión en fecha 20 de febrero del 2007, para cada tipo de consumo. En caso se resolviera o terminara por cualquier causa el precio de gas natural para las regiones, serán de aplicación automática los precios establecidos en el contrato de licencia del lote 88(..)”.

La razón de ser de brindar ese beneficio a las Concesiones de los departamentos era para incentivar el consumo del gas natural y crear una mayor demanda que pueda soportar la inversión de los costos fijos que efectúen los concesionarios. Es vital entender que a diferencia de la Concesión de Lima, en ninguna otra concesión emitió la figura de la “garantía de red principal” como medida para diluir el riesgo de la posible demanda.<sup>15</sup>

Asimismo, considerando que la mayor parte de la concentración de la demanda energética se ubica en Lima<sup>16</sup>, era necesario crear incentivos para descentralizar el consumo y tener regiones competitivas y atractivas para atraer inversión.

Ahora bien, existen usuarios que tienen cantidad excedentaria de Gas Natural, tal es el caso del Concesionario de Distribución de Ica, quien mantiene un contrato de 44 MMPCD<sup>17</sup> bajo un *Take or Pay* del 80% de la CDC2 (37.6 MMPCD), pero el consumo real de las industrias no permite llegar al porcentaje establecido de *Take or Pay*, pagando el precio por un gas que no puede usar y tampoco recuperar puesto que la cláusula de *make up* únicamente permite la recuperación, siempre y cuando, su consumo sea mayor al 80% del *Take or Pay* y hasta el tope de la capacidad máxima contratada.

---

15 La Ley 27133 estableció que los proyectos de Red Principal adjudicados según las modalidades establecidas en el Texto Único Ordenado podrán incluir un mecanismo para garantizar los ingresos anuales que retribuyan adecuadamente el Costo del Servicio a los inversionistas.

16 Según el Anuario Estadístico de Electricidad 2013 del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) en relación a la generación eléctrica en el Perú, según datos actualizados al cierre del año 2013, se produce por dos tipos de centrales: hidroeléctricas (50.14%) y termoeléctricas (49.14%). Asimismo, en términos geográficos, las macro regiones Centro (30.40%) y Lima (50.40%) concentran la mayor parte de la producción de la energía nacional. En: [http://www.minem.gob.pe/\\_estadistica.php?idSector=6En&idEstadistica=8598](http://www.minem.gob.pe/_estadistica.php?idSector=6En&idEstadistica=8598)

17 En base a la suma de la CDC1 y CDC2. CDC1 es entendida como la cantidad diaria para uso residencial, hospitalario, GNV, y servicios públicos definidos en el anexo 1 y la CDC2 es para usos distintos a la CDC1.

En ese sentido, esa capacidad restante podría ser asignada de manera eficiente a otros operadores que tengan déficit de suministro de gas natural, ahorrándose costos debido a las transacciones para cerrar un acuerdo de suministro de gas natural.

La forma en como puede ser asignado a terceros se encuentra regulada en el Mercado Secundario, aprobado mediante Decreto Supremo N° 046-2010-EM. Este Decreto Supremo tuvo razón de ser en la alta demanda existente por el uso de dicho energético, la cual excedía la capacidad de transporte ofertada. A su vez tuvo relación con el hecho que existían usuarios con excedente de capacidad contratada de transporte de gas natural a firme frente a otros usuarios con déficit de capacidad y por tanto se requería de un instrumento que reasigne de manera eficiente la producción y el transporte de manera existente.

El modo operativo previsto es que los Consumidores Ofertantes<sup>18</sup> pueden transferir el íntegro de su producción contratada y/o capacidad de transporte firme contratada, o una parte de éstas. Primero, los Consumidores Ofertantes y/o Demandantes deben solicitar su incorporación en la subasta en el Mercado Secundario<sup>19</sup>, especificando la cantidad y precio de la producción y/o transporte firme que desean transferir.

Según el Decreto Supremo, el precio de venta y la asignación de cantidades a los Consumidores Ofertantes y a los Consumidores Demandantes se obtendrán producto del punto de equilibrio del Mercado Secundario el cual se determinará a partir de las curvas de oferta y demanda construidas utilizando las cantidades y precios ofertados y demandados.

Asimismo, las transferencias de producción y/o capacidad de transporte que se realicen en el Mercado Secundario, no dispensan al Consumidor Ofertante de la obligación de pago al Contratista y/o al concesionario de transporte, por lo que no existe un tipo de cesión de posición contractual y cada parte responde con el suministrador o transportista.

---

18 Entendido a los Distribuidores y Consumidores Independientes

19 Como Segunda Disposición Transitoria se determinó que hasta que se adecúe el mecanismo de subasta electrónica, las operaciones en el Mercado Secundario podrán realizarse en forma de acuerdos bilaterales.

A pesar de eso, en la actualidad únicamente se han generado acuerdo de cesión de capacidad de transporte, siendo nulas las cesiones sobre el suministro de gas. Este hecho puede explicarse por el tipo de cláusulas que usa el Productor para el suministro de gas, cláusulas que restringen el destino del gas natural y la comercialización.

Como ejemplo de lo anterior, en el caso del suministro de gas natural para la concesión de distribución en Ica. La cláusula segunda del contrato de suministro regula el objeto, precisando lo siguiente:

***“Cláusula Segunda***

***Objeto***

*El objeto del presente contrato es el suministro, por parte de los Productores a la Distribuidora, del gas proveniente de los yacimientos de Camisea, **con destino a ser distribuido y comercializado** mediante su sistema de distribución por ductos y/o comercializado mediante su sistema de distribución por ductos y/o gas natural comprimido (GNC) y/o gas natural licuado (GNL) **en el área de su Concesión.**”*

Esta es una cláusula de “destino” o “uso” que se suele usar en sus contratos de suministro. Amparados en esa cláusula restringe el uso del gas natural únicamente al área geográfica o destino de planta, ya sea una concesionaria de distribución o cliente industrial. De esta forma consigue evitar un mercado secundario de suministro de gas natural, a pesar de existir una Decreto Supremo mandatorio al respecto.

El interés del productor para restringir el mercado secundario estaría basado en mantener su poder de mercado, así como el hecho de dejar de percibir eventuales ingresos. Considerando, como se ha indicado, que el precio del gas para el determinadas zonas viene regulado por el Contrato de precio de las regiones, siendo un precio menor al determinado por “boca de pozo” o precio libre, el interés del productor se basa en evitar que un tercero, a quien se le pueda ceder el gas natural vía mercado secundario, pague un precio menor de gas al cedente del que pagaría directamente al productor.

Lo anterior repercute en una ineficiencia del mercado, generándose una mala o inexistente asignación de los recursos y beneficiando únicamente al productor, quien mantiene su poder de mercado e igual recibe ingresos por el

gas no consumido debido a la cláusula de “take or pay”<sup>20</sup> en donde a pesar de existir una cláusula de “make up” las condiciones, en el caso del distribuidor mencionado, no le permitían recuperar las cantidades diferidas.

## **V. Entidad competente para analizar una restricción vertical de competencia en contratos de suministro de gas natural**

En Perú existe una entidad la cual es el INDECOPI que tiene como funciones generales el vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa mediante el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, defender la libre y leal competencia sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva, entre otros.<sup>21</sup>

Por otro lado, tenemos al OSINERGMIN, creado 24 de enero del 2007, conforme los Artículos 1°, 2° y 18 de la Ley 28964 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 INDECOPI y el OSINERGMIN.

Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera. La misión del OSINERGMIN es regular, supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

---

20 Para el caso de CONTUGAS, según el contrato de suministro de gas natural, la cláusula de Take or Pay equivale al 80% de la CDC2 (Cantidad diaria contractual para uso industrial, en casi su totalidad). No obstante, la demanda actual del consumo de gas natural en el departamento de Ica evidenciaba no poder sostener un elevado volumen de suministro de gas, lo cual se traduce en un pago por cantidad de Take or Pay que no puede ser recuperado en el periodo establecido en el Contrato.

21 Decreto Supremo N° 9-2009-PCM en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/174785/DS09-2009.pdf>

En sí, las actividades de OSINERGMIN se pueden resumir en las siguientes:

- Función supervisora: verificar el cumplimiento de las obligaciones legales
- Reguladoras: fijar tarifas en las actividades donde corresponde.
- Función normativa: Respecto a sus propias competencias
- Función fiscalizadora y sancionadora: Imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia. Emiten Acta de observaciones si cumple con ese plazo se inicia una sanción.
- Solución de controversias: Empresas con empresas y usuarios con empresas

Pues bien, se evidencia una competencia de OSINERGMIN para velar por el respeto de las normas de libre competencia y antimonopolio de los sectores regulados<sup>22</sup>, considerando eso, surge un cuestionamiento, para el caso que se analiza sobre una restricción territorial sobre el uso, comercialización y destino del gas natural, quién de estas dos entidades debería ser competente para analizar el caso.

La respuesta no sería tan fácil de contestar evidenciando que existen y existieron casos de superposición de competencia entre ambas entidades. Para ejemplificar lo anterior se puede comentar sobre un caso, actualmente no culminado, entre el Concesionario de distribución de gas natural de Lima y Callao (en adelante “CÁLIDDA”) y una empresa de generación eléctrica denominada EDEGEL<sup>23</sup>.

El caso se fundamenta en la reclamación presentada por EDEGEL contra CÁLIDDA, sobre el reconocimiento del mismo descuento que se le otorga a una tercera empresa de generación denominada KALLPA, en la facturación de la Tarifa Única de Distribución aprobada por OSINERGMIN.

KALLPA fundamenta su posición argumentando que el concesionario de distribución incumplió la obligación de prestar el servicio de distribución de gas

---

22 Para el caso de la distribución de gas natural, el Texto único Ordenado del Reglamento de Distribución de gas natural por red de ductos aprobado mediante D.S. N° 040-2008-EM indica en el literal g) del artículo 42° que es obligación del concesionario desarrollar sus actividades respetando las normas de libre competencia y antimonopolio vigentes o que se dicten en el futuro. Los Concesionarios no podrán ofrecer ni otorgar ventajas o privilegios entre los Consumidores por la misma clase de servicio.

23 En: [http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/PlantillaResolucionesBusqueda/CC91%20Resolucion%20No%20006-2015-OSSC-91.pdf](http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/PlantillaResolucionesBusqueda/CC91%20Resolucion%20No%20006-2015-OSSC-91.pdf)

natural por red de ductos en las mismas condiciones a todos sus clientes que se encuentran en una misma categoría, tratándose de prestaciones equivalentes, en el caso de análisis, las mismas condiciones económicas.<sup>24</sup>

Para esto, CÁLIDDA suscribió con KALLPA un Contrato de Servicio de Distribución de Gas Natural en alta presión, y en la cláusula 9.2 acordaron el pago de la tarifa única de distribución. Asimismo, se agregó un Anexo E4, el cual detalla la aplicación de un descuento según volumen consumido.

Este descuento no fue aplicado a EDEGEL, a pesar de realizar la misma actividad económica. CÁLIDDA fundamentó su posición con varios argumentos, pero el que interesa al presente caso es el que versa sobre la excepción de incompetencia presentada a OSINERGMIN.

*CÁLIDDA sostuvo, según se desprende de la resolución, “que el artículo 46° del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, en adelante RGO, y el literal a) del artículo 2° del TUO del ROSC, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc es competente para conocer las controversias entre los distribuidores de gas natural -CÁLIDDA- y los usuarios libres - EDEGEL- que estén relacionadas con los servicios de distribución, sobre aspectos técnicos, regulatorios, o normativos del servicio o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN. Agrega que de acuerdo con lo indicado, la reclamación presentada por EDEGEL sobre el supuesto incumplimiento de un compromiso contractual acordado con CÁLIDDA no se encuentra dentro de los supuestos sobre los cuales OSINERGMIN tendría competencia.*

*Indica que OSINERGMIN no es competente para resolver la controversia planteada por EDEGEL, por los siguientes motivos: i) Por tratarse de una controversia de naturaleza comercial que responde a un acuerdo de partes y derivados de Los Contratos. Los Contratos prevén en la Cláusula Décimo Sexta la forma de solucionar este tipo de controversia. ii) Por tratarse de una*

---

24 La Cláusula 9.16 del Contrato BOOT de Concesión de la Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao, determina en la CLÁUSULA 9 OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA (...) 9.16 Los contratos por el Servicio de Distribución que suscriba la Sociedad Concesionaria con los Usuarios de la Red se regirán por los siguientes criterios, los mismos que deberán incluirse en cada uno de los referidos contratos: **a) No se podrá aplicar condiciones, incluido el precio, desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros**

*controversia relacionada con casos de libre competencia en donde se alega un posible abuso de posición de dominio consistente en una conducta en donde se aplique condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloca de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; en tal sentido, la entidad competente es el INDECOPI.”*

Añade que *“la presente controversia no está relacionada a un tema regulatorio o tarifario, sino más bien a la supuesta “discriminación de precios” que CÁLIDDA estaría aplicando en perjuicio de EDEGEL. Esta modalidad de abuso de posición de dominio también se conoce como “discriminación de precios” y ha sido regulada por el artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034.”* Finalmente sostiene que la obligación de dar condiciones iguales a prestaciones equivalentes, se trata de una obligación asociada a la libre competencia, cuya supervisión, fiscalización o represión compete exclusivamente a INDECOPI y no a OSINERGMIN.

El Cuerpo Colegiado AD-HOC de OSINERGMIN, que resolvió el reclamo en primera instancia determinó, mediante decisión dividida, dar la razón a EDEGEL. Los dos miembros del tribunal que dieron la razón a la empresa generadora desestimaron la excepción de incompetencia alegando lo siguiente:

1. Se amparan en el artículo 2° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para Solución de Controversias (ROSC) la cual indica que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las controversias surgidas entre Transportistas de hidrocarburos o **Distribuidores de gas natural por red de ductos con los Distribuidores, Comercializadores y Usuarios Libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinergmin.**
2. Se alega que tanto el Contrato de concesión como el Reglamento de distribución reconocen como un criterio para la prestación de servicios, el hecho que no se podrá aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Por tanto, al ser incumplimiento de dichas obligaciones, OSINERGMIN es competente.

No obstante lo anterior, existió un voto en discordia el cual opinaba que debía declararse fundada la excepción de incompetencia presentada por el concesionario de distribución, basándose en los siguientes puntos:

1. Entiende que en virtud del artículo 2° antes comentado el Cuerpo Colegiado es competente para resolver controversias referidas a aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN. Sin embargo el tema controvertido, en relación al descuento otorgado sobre la tarifa única de distribución, entiende que es una Litis que no versa sobre temas tarifarios *“sino sobre discusiones que trascienden esta, como es el acuerdo de partes de naturaleza privada respecto de asuntos de estrategia comercial del negocio”*.
  - a. En virtud del artículo 44<sup>o25</sup> del Reglamento General del OSINERGMIN (RGO) y basándose en el principio de subsidiariedad<sup>26</sup> entiende que la actuación del regulador no puede restringir la voluntad de las partes y al no tratarse de temas regulatorios materia de aprobación por el regulador, sino de conductas que competen al mercado, escapa de la competencia de OSINERGMIN.

Como comenté inicialmente, aún este proceso se encuentra pendiente de resolver en segunda instancia administrativa, pero queda como nota la complejidad y superposición de competencias entre INDECOPI y OSINERGMIN.

Ahora bien, para el caso bajo análisis sobre restricción territorial respecto al uso y comercialización del gas natural bajo el contrato de suministro que mantiene PLUSPETROL considero que INDECOPI sería quien tendría competencia exclusiva para ver este caso.

---

25 Artículo 44° del RGO- La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de OSINERGMIN, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las ENTIDADES, entre éstas y los USUARIOS LIBRES y entre éstos. Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Indecopi.

26 Artículo 11° del RGO- Principio de Subsidiariedad - La actuación de OSINERG es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO o CONSUMIDORES REGULADOS. En caso de duda sobre la necesidad de establecer disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas, y entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.

La razón se fundamenta en que no nos encontramos en una actividad regulada, si bien es obligación del distribuidor contar con contrato de suministro por un plazo como mínimo de 2 años, esto se debe a que por norma la actividad de comercialización sea efectuada por el distribuidor<sup>27</sup>, en sí se trata de una actividad sujeta a la libre competencia, donde, como es evidente, es ajena a temas que versan sobre aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERGMIN.

La compra de gas por parte del concesionario deriva de una obligación por ejercer la actividad de comercializador, más no es una actividad generada por la distribución de gas, actividad regulada al ser un monopolio natural. De igual forma, como contraparte tenemos al productor, actividad abiertamente definida como libre, tal como se infiere del artículo 2° de la Ley orgánica de hidrocarburos, Ley N° 26221,<sup>28</sup> donde *“el Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional”*.

Entendido el INDECOPI como la entidad competente para analizar el caso en materia de competencia, compete hacer un análisis sobre el marco normativo de defensa de la competencia para precisar que normas, eventualmente, serían las vulneradas por la actividad de restricción territorial en contratos de suministro de gas.

## **VI. Base legal para amparar las restricciones verticales**

En Perú, el Decreto Legislativo N° 1034, la cual aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, restringe las prácticas colusorias verticales según lo siguiente:

---

27 El plazo máximo es de 12 años a partir de la puesta en operación comercial para que los comercializadores independientes puedan ingresar al mercado. No obstante la norma elimina la actividad de comercialización al distribuidor.

28 <http://www2.osinerg.gob.pe/MarcoLegal/pdf/LEYOH-%2026221.pdf>

*“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-*

*12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los **acuerdos**, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas **realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena** de producción, distribución o comercialización, **que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.***

*12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.*

*12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.*

*12.4. Las prácticas colusorias verticales **constituyen prohibiciones relativas**<sup>29</sup>”*

Conforme lo anterior, necesariamente debe de existir, para este tipo de prácticas que realizan restricciones verticales un análisis de los efectos que se generan en el mercado, siguiendo la aplicación de la regla de la razón.

Surge el cuestionamiento si a este tipo de industria o actividad debería aplicarse la regla de la razón o de lo contrario se debe tratar como un “hard core cartel” o restricción por objeto. Sobre todo cuando existe una normativa que busca una asignación eficiente del gas natural y en donde a la fecha no ha podido ser efectiva del todo. Correspondería, en todo caso, una modificación sustancial del Decreto Legislativo en mención, que busque regular adecuadamente los tipos de industria y sus características para optar por una medida adecuada a efectos de competencia.

---

29 Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

## VII. Conclusiones

Los Contratos de suministro de gas natural son generosos en cláusulas de destino u otras modalidades para limitar el uso de gas natural en una determinada zona o uso industrial, impidiendo el desarrollo del mercado secundario. Es vital analizar alternativas de suministro, mayores competidores, a fin de que se vea reflejado mejores condiciones comerciales en los contratos y mayor libertad para el desarrollo de un mercado alternativo.

Todo lo anterior, necesariamente, tiene que ir acompañado de una normativa idónea en tema de competencia y de una entidad que sea enérgica en realizar investigaciones en el ámbito de la cadena de gas natural.